

**CAPÍTULO QUINTO**  
**LOS LÍMITES TEMPORAL, ESPACIAL, COMPETENCIAL**  
**Y PERSONAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL**

— I —

**El ámbito temporal de aplicación de la ley penal**

**A. Los principios rectores que limitan la aplicación de la ley penal en el tiempo.**

El principio de no hay delito ni pena sin ley apareja que *«antes»* de que se cometa un hecho, tanto a éste como su punibilidad les debe prever la ley en supuestos generales. **Principio de ley previa.**

El principio así visto es de *legalidad estricta*. La ley penal que motive la punición ya debe estar en *«vigor»* al momento del hecho que la misma ley prevea del igual modo. Así lo señala de manera expresa el artículo 1° del nuevo CPDF: La *“acción u omisión”* deben estar (...) *previstas expresamente como delito en una ley vigente al tiempo de su realización*. Disposición a la cual se debe cohesionar la disposición de los subsecuentes artículos 9 y 11 del mismo CPDF, en el sentido de que: *“Es aplicable la ley vigente al momento de la realización del hecho delictivo”*. Y de que: *“El momento y lugar de realización del delito son aquellos en que se concretan los elementos de su descripción legal”*. Previsión similar se contiene en el artículo 3° del nuevo CPC: *“Se aplicará la ley penal vigente al momento de la conducta típica...”*. Pero, además, esa *«vigencia»* debe perdurar durante el tiempo en el que permanezca la pretensión o la afectación penal estatal al individuo con motivo de aquél hecho. Lo cual también se desprende del artículo 1° del nuevo CPDF cuando agrega: *“...siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena y la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta”*; es decir, en la *“...ley vigente al tiempo de realización de la acción u omisión”*. Pues si la ley deja de prever un hecho como delito, o si modifica de manera sustancial el supuesto que le contemple, dando lugar a un delito nuevo, aquel hecho, de haber sido delito, dejará de serlo. Y cuando la ley suprima la pena, así como cuando le cambie al delito la clase de su pena o a ésta le atenúe su entidad, todo ello también será motivo para que se beneficie, necesariamente, al individuo. Pues en el primer caso la conducta ya no se podrá punir con la pena derogada por la ley. En el segundo, por regla general se deberá sustituir a la pena por la de clase nueva y menos perjudicial. Y en el último, se reducirá el alcance de la punición. Todo esto también encuentra sustento en el principio de *“irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna”*, que como garantía consagra el párrafo primero del artículo 14 Constitucional.

El antecedente inmediato de este precepto constitucional es el similar del artículo del mismo número de la Constitución de 1857, que prohibía la expedición de leyes retroactivas. Éste se dirigía directamente al legislador y, por lo tanto, aludía al principio de legalidad estricta. Por ese motivo se consideró que no era inconstitucional la aplicación judicial retroactiva, si es que la ley no adolecía de ese vicio. Y aunque en la exposición de motivos de la Constitución de 1917 no se dice nada al respecto, ni de ello aparecen razones en los dictámenes y debates del Constituyente, lo cierto es que aquella interpretación antigarantista ya es inadmisibles de acuerdo con la actual redacción del precepto, en tanto que el artículo 14 C. acentúa la prohibición de *«aplicar»* en forma retroactiva la ley. Con ello, como ahora lo reconoce la doctrina y la

jurisprudencia, *el precepto ya se dirige tan al legislador como al juzgador: es él un mandato de legalidad estricta y lata*. La garantía de que no se aplique de manera retroactiva la ley penal en perjuicio de persona alguna opera por igual en sentido contrario: *La ley penal se debe aplicar de manera retroactiva en favor del inculpado*. De todo lo cual se deriva como principio rector que *cuando hay sucesión temporal de normas penales, se debe aplicar la más favorable al reo*. Este principio igual se acepta de manera unánime por la doctrina mexicana y se recoge por la mayoría de la legislación penal de la república mexicana. Como sucede con los artículos 3º, 4º y 5º del CPC. Al igual que con el artículo 56 del CPF y el artículo 2 del nuevo CPDF. El primero de los dos últimos artículos nombrados dispone que: (...) *Cuando entre la comisión de un delito o la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto a lo más favorable al inculpado o sentenciado*. Mientras que el artículo 2-párrafo-primero del CPDF señala en lo conducente: *(principio de prohibición de la aplicación retroactiva...)* (...) *Queda prohibida la aplicación retroactiva... de la ley penal en perjuicio de persona alguna*. Y en su párrafo segundo apunta: *"La ley penal sólo tendrá efecto retroactivo cuando favorece al inculpado, cualquiera que sea la etapa del procedimiento incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable"*.

**B. El lapso para la aplicación de la norma penal y de sus consecuencias.** Ahora bien, tan de los artículos 1º y 8 del nuevo CPDF como del artículo 3º del CPC se desprende la regla general de que: *Toda conducta delictiva se juzga conforme a la ley vigente al momento en que aquella se realizó*. (Garantía de ley previa.) Fórmula que es útil para: Primero. Precisar *a partir de cuándo se puede imputar el hecho delictivo*, cual es a partir de *cuando se exterioriza la conducta ejecutiva*. Y segundo. Asimismo, para enfatizar que esa conducta se ha de dar después de que inicie su vigencia la ley penal que la prevea. Es decir, el momento en el que se dé la conducta que prevea como delito la ley penal vigente, es el que marca el punto de partida del lapso temporal durante el cual tal delito se le podrá imputar al individuo que lo realizó. Y ese lapso concluye cuando la persona cumpla la pena que se derive de ese delito; o bien hasta que se extinga la acción o la sanción penal respecto a ese delito. Sólo dentro de esos intervalos es posible plantear los problemas de aplicación de la ley penal que surjan con motivo de sucesión temporal de leyes penales con relación a ese hecho delictivo. Antes del inicio de esos lapsos, esto es, previamente a una ley penal vigente que llegue a prever al hecho como delito, sería imposible aplicar una ley penal que no existía cuando aquél se llevó a cabo. Después de que tales lapsos concluyen, esto es, luego de que se cumple la pena o se extinga la acción o la sanción penal, es asimismo ocioso plantear la aplicación de una ley penal nueva que, por ejemplo, habría beneficiado al individuo. Sencillamente porque conforme a la misma ley penal ya se acabaron las consecuencias jurídicas del delito.

Para el efecto de precisar el *inicio temporal* para la aplicación de una norma penal que prevea un delito, en el CPDF y el CPC no tiene relevancia el momento en el que se produzca el resultado. Tal como se infiere de la expresión *"al tiempo de la realización de la acción u omisión"* que emplea el artículo 1º del nuevo CPDF y *"al momento de la conducta típica"* que utiliza el artículo 3º del nuevo CPC. Aspecto que no soluciona de manera expresa el CPF en tanto el artículo 56 de ese código se refiere a la "comisión" del delito, mas no dice cuándo se estima cometido. Sin embargo, ese tiempo se puede deducir de igual modo al momento de la conducta

típica. Ello es así, dado el significado literal de la expresión "comisión" ("acción" de cometer), como también por la función de "motivación" que tiene la norma penal para que las personas se ajusten a sus prohibiciones. "Motivación" que sólo se puede referir al momento en que se expresa la conducta, con independencia de cuándo se dé el resultado. Pensar lo contrario llevaría al absurdo de poder imputar el delito a una conducta que se dio antes de la vigencia de la ley que lo prevea. Por lo tanto, si en un delito de resultado la conducta se da antes de la vigencia de la ley penal, aunque el resultado se dé dentro de la vigencia de la misma, ello será del todo insuficiente para que esa ley penal se le aplique a la conducta que originó ese resultado. Y ello es válido en cualquier clase de delito, sea el mismo instantáneo (de simple conducta o de resultado), permanente (continuo) o continuado. Pues en los delitos permanentes y continuados la solución es la misma, con la particularidad de que como en el delito permanente hay un período de consumación, durante el cual la conducta lesiva se prolonga hasta que la misma cese, y en el continuado hay varias conductas que se unifican en función de la identidad del fin, el sujeto pasivo y el precepto legal violado (artículos 102 del CPF, 108 del CPDF y 165 del CPC.) Puede darse el fenómeno de que en un delito permanente la conducta se inicie antes de la vigencia de la norma penal que lo prevea o en el continuado suceda lo mismo con relación a algunas de las conductas, sin que la nueva ley pueda alcanzarlas, sino sólo respecto de la conducta lesiva que aún continúe (respecto al delito permanente) o de aquellas que vuelvan a repetirse (en el continuado) después del inicio de vigencia de la norma nueva.

Para el efecto de determinar el momento en el que se inicia la pretensión de perseguir el delito tiene influencia decisiva el tiempo en el que cesa la conducta delictiva que es objeto de la imputación, porque a partir de ese momento se inicia la pretensión penal de perseguir y sancionar el delito hasta que sobrevenga alguna causa que extinga la acción —o la pretensión— penal (artículos 102 del CPF, 108 del CPDF y 165 del CPC.) De las causas que motivan la extinción de la acción —o la pretensión— penal sobresalen los términos de prescripción de la misma acción o pretensión punitiva, lapsos cuyo cómputo se inician a partir de cuando haya cesado la conducta delictiva. Lo cual, según lo ya dicho, es válido se trate de delito consumado o en grado de tentativa, o de delito instantáneo (de simple conducta o de resultado) o de delito permanente (continuo); aunque respecto del delito continuado caben precisiones de acuerdo con la concepción que cada código penal tiene de ese delito. En efecto, los artículos 7° y 64 del CPF, 17-III y 28-párrafo-tercero del CPDF conciben al delito continuado como un solo delito (mismo que se configura cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal), con la consecuente previsión de los artículos 102-III del CPF y 108-III del CPDF, de que en delito continuado la acción penal o la pretensión punitiva se iniciará a partir de cuando cesa la última conducta. Mientras que el artículo 60 del CPC no concibe al delito continuado como un mismo delito sino como un caso especial de concurso de delitos para los efectos de una punibilidad legal especial, menos severa que si se tratase de concurso real de delitos (delitos distintos cometidos en tiempos diferentes) pero más onerosa que para el concurso ideal de delitos (varios delitos cometidos a través de la misma acción.) Lo cual apareja que en Coahuila cada una de las conductas de lo que equivale a un delito continuado a efectos de la punibilidad siga su propio término de prescripción de la acción penal, mismos que se inician a partir de cuando cesa cada una de aquellas conductas. Las causas por las que la pretensión penal o la acción penal y las sanciones penales se extinguen se prevén en el Título Quinto del

Libro Primero del CPF y del CPDF; así como en el Título Sexto del Libro Primero del CPC. Y es el caso que —como se verá— dentro de esos lapsos también puede plantearse la extinción de la pretensión o de la sanción penal si acaso sobreviene un ley penal nueva que implique una modificación sustancial de la situación jurídica del inculpado o sentenciado. Por ello, cuando haya sucesión temporal de normas penales, también son importantes los momentos en que se ha de decidir la aplicación de la ley penal al delito y sus consecuencias según la situación jurídica del imputado. Esto es, según se trate de un inculpado o de un sentenciado ejecutoriadamente. Por lo que aquellos momentos son básicamente dos. El primero: desde la realización de la conducta típica hasta cuando se dicte sentencia al inculpado en primera o segunda instancia o se extinga la acción penal respecto de aquella conducta.<sup>365</sup> Y el segundo: desde que se dicta la sentencia de condena que cause ejecutoria y se inicia la ejecución de la sanción penal por aquél hecho, hasta que ella se cumpla; o por otros motivos se extinga la sanción que el sentenciado debió cumplir. Todas las fórmulas de sucesión temporal de las normas penales obedecen a un principio rector cual es la aplicación de la norma más favorable de las leyes en sucesión, pero aquellas presentan variaciones según la situación jurídica del imputado, conforme se verá enseguida.

**C. El principio de la norma penal más favorable en la sucesión de normas sustantivas penales.** En la última parte del artículo 2-párrafo-segundo y en el artículo 10 del CPDF, en la parte final del artículo 3° del CPC y en la primera parte del artículo 56 del CPF se consagra una regla de abolengo constitucional, tan en su interpretación simple, como en sentido contrario, ella es la *«aplicación de la norma más favorable»* si hay sucesión temporal de leyes penales. Principio que también se conoce como de "extractividad de la ley penal", concebido como género de las dos especies de "retroactividad" y de "ultractividad" de la ley penal más favorable. Se admite así —con base en el Art. 14 C. — la "retroactividad" de la ley ulterior si ésta es la más favorable al reo. O la "ultractividad" de la ley anterior, si acaso le es más benéfica. De este modo se respeta la garantía constitucional de no aplicar retroactivamente la nueva ley en perjuicio del delincuente y de sí hacerlo en su beneficio.

Ello es válido —aplicar retroactivamente una nueva ley penal en favor del inculpado— cualquiera que sea el nuevo contenido de la ley penal nueva; el que se puede referir a cualquier norma de la Parte General o de la Parte Especial del código penal o a las normas penales contenidas en otras leyes. La única limitación es que la aplicación retroactiva de la norma penal en favor del inculpado no afecte directamente al derecho de un tercero. (Artículo 14-párrafo-primero de la C.) Por ejemplo, si la ley ulterior exige la querrela para un delito que antes se perseguía de oficio, no sería aceptable alegar la extinción de la acción penal, porque antes de la nueva norma la querrela no se formuló oportunamente. Ello es como se indica, porque la querrela es un derecho del ofendido que sólo puede precluir por su inejercicio si realmente transcurre cierto tiempo a partir de cuando se tuvo tal derecho; mas no antes de que él mismo exista, si es que se quiere respetar el derecho del ofendido que no se le debe afectar por la aplicación retroactiva de la ley. Y es que en aquél evento de aplicar en forma retroactiva la ley para beneficiar al inculpado a la vez se perjudicaría al ofendido con violación de la

---

<sup>365</sup> Aunque también cabe la posibilidad que se interponga amparo directo contra la sentencia de segunda instancia y entre una y otra la norma penal se derogue o modifique, de tal suerte que de conceder el amparo para efectos, se ocupe o no aquél de la variación, si ésta favorece al inculpado sea preciso que en la nueva sentencia se aplique la norma más benéfica.

garantía de irretroactividad del artículo 14 C. pues éste la prohíbe cuando aquella perjudique a cualquier persona y no solo al inculpado. En el mismo orden de ideas, el artículo 4° del CPC dispone que: *“Si con relación a la conducta que se juzga, una ley deroga o modifica en esencia el tipo penal, cesarán los efectos de los procesos o las sentencias, salvo la reparación del daño en lo que ya fue satisfecha. Pero si deroga o modifica en esencia lo que complementa o agrava, se aplicará el tipo penal básico”*. Asimismo, que: *“Se aplicará la ley ulterior que privilegie o atenúe al tipo penal básico”*. Análoga previsión se contiene en el artículo 117 del CPF que, en lo conducente, prevé: *“La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente conforme a lo dispuesto en el artículo 56”*. (El artículo 56 prevé la regla de la norma más favorable.) Mientras que el CPDF, aparte de las disposiciones del artículo 2 ya referidas, en el artículo 121 contempla como causa de extinción de la pretensión penal o de la ejecución de la sanción penal o medida de seguridad el que se dé la supresión del tipo penal.

En estricto rigor las fórmulas anteriores son innecesarias a la luz del principio de la ley más favorable de los artículos 56 del CPF, 10 del CPDF y 3° del CPC. Adviértase, empero, que cuando se da una modificación del tipo penal, podría pensarse que ella no implica la supresión del mismo tipo que haga aplicable la previsión del artículo 121 del CPDF, lo cual sería correcto si aquella modificación no hubiese sido esencial. Pero, además, cualquier modificación a la norma ya apareja la necesidad de ver su contenido y analizarlo con relación al anterior, a efecto de decidir cuál es el más favorable al inculpado; asimismo, la modificación de la norma penal será esencial con relación al hecho cometido cuando altere cualquier condición de punibilidad sin la cual el hecho ya no puede estimarse que se ajusta a la norma nueva. Por ejemplo: si se modifica la norma penal suprimiendo alguna modalidad básica alterna del tipo penal o una agravante del mismo, pero a la vez se conserva el tipo penal con relación a otras modalidades básicas alternas o agravantes, sólo operará la regla de aplicar retroactivamente la ley penal a favor del reo, con relación al delito cometido bajo la modalidad suprimida. Esto es, extinguiendo la acción penal o la pena impuesta sólo si el delito se cometió nada más bajo la modalidad básica alterna que se derogó. O sólo aplicando la pena del tipo básico o reduciéndola hasta la medida de la penalidad de aquél si se trata de modalidad agravante. Ya que en el primer caso no hay por qué declarar extinguida la acción penal o la sanción si es que el delito se cometió con otra modalidad básica alterna. Aunque también puede darse el caso de que la sanción impuesta haya de reducirse si es que el delito se cometió con dos o más modalidades —de las que nada más una se deroga— y, sin embargo, la pena sí se agravó por virtud del concurso de las modalidades con las que el delito se cometió. No es ocioso señalar que es correcto que se exceptúe del principio de aplicación de la ley más favorable al reo a la reparación del daño en lo que ya fue satisfecha, pues la solución contraria perjudicaría al ofendido. Como así lo prevé el artículo 4° del CPC. Mas sin que el artículo 117 del CPF y el artículo 121 del CPDF exceptúen de esa regla a la reparación del daño. Sin embargo, ello es quizá innecesario, pues de perjudicarse al ofendido en el pago ya hecho a su favor se viola el principio de irretroactividad de la ley, ya que de acuerdo con el artículo 14-párrafo-primer de la C. aquél principio sólo opera si no perjudica a persona alguna. Lo que no sucede en los demás casos, en los que la retroactividad de la ley penal favorece al inculpado pero no perjudica particularmente a ninguna otra persona.

En su turno, los artículos 56 del CPF, 5° del CPC y 2° del CPDF se ocupan de la sucesión temporal de leyes «antes» y «después» de dictar sentencia con relación a las sanciones. Si la sucesión de leyes por las que se modifique la pena en cantidad o calidad se da «antes» de dictar sentencia, aquellos preceptos disponen que es a la autoridad jurisdiccional que esté conociendo a la que le corresponde *aplicar la norma más favorable*. Ahora bien, ningún problema representa identificar las sanciones de la misma clase que son más favorables cuando hay uniformidad en los mínimos y máximos punibles. Es decir, cuando la ley anterior o la ulterior es la que en ambos extremos prevé los límites más favorables de la sanción de igual clase. Pero: ¿Cómo proceder cuando falte la coincidencia favorable entre los mínimos y máximos de las sanciones de ambas leyes? Esto es, sólo el mínimo o el máximo de la nueva ley es más favorable, pero sus contrarios son más severos. La doctrina sostiene que en estos casos el juez no tiene facultades para dividir las sanciones<sup>366</sup>, es decir, para que el juez tome los extremos más favorables de ambas leyes, pues con ello el juez estaría integrando una norma nueva, atribución que no es de su competencia sino que la es del legislativo. Eso es correcto. A menos que sea el mismo legislador quien prevea esa posibilidad y la resuelva en una fórmula legal. Como sucede en Coahuila. Pues el artículo 5° del CPC precisa que: *“En su caso, se estará a cualquier mínimo y máximo punible de las leyes en sucesión, que sean más favorables”*. Cuestión esta que no zanján los sendos artículos 56 del CPF, 2, 10 y 121 del CPDF.

Otro punto interesante —aparentemente sin solucionar en la ley— es el fenómeno de sucesión temporal de más de dos leyes «antes» de que se dicte sentencia. Manifestación que se conoce como el problema de “la ley intermedia”.<sup>367</sup> Sin embargo, en tal caso opera la pauta de los artículos 56 y 117 del CPF, 2 y 10 del CPPDF y 3° del CPC, que como regla general señalan que se atenderá a la ley más favorable. Por lo tanto, si la ley más favorable resulta ser la “intermedia”, ésta se aplicará. Lo cual es válido tan para la modificación de sanciones, como para la derogación o modificación sustancial de tipos penales. Es claro, en mi concepto, que tales artículos de los CPF, CPDF y CPC respetan en su conjunto la garantía constitucional de aplicación de la ley penal vigente y de irretroactividad de la ley penal en perjuicio de la persona, que se traduce en observar el principio de la ley más favorable. Mas los tribunales federales también se han ocupado del problema de la ley penal intermedia, decidiéndose por la aplicación de la norma más favorable como se desprende de la tesis jurisprudencial siguiente:

**LEY PENAL FEDERAL INTERMEDIA. CASO EN EL CUAL, POR SER MÁS BENIGNA PARA EL INculpADO, ES APLICABLE EN LA SENTENCIA.** En relación con una de las hipótesis referidas en el artículo 56 del Código Penal Federal cabe señalar que con fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos sesenta (1960), la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por unanimidad de cuatro votos bajo la ponencia del Ministro Juan José González Bustamante, el amparo directo 1661/60, promovido por Vicente Félix García, y que en la ejecutoria de tal caso judicial, sustentó el criterio publicado en la página 56 del Volumen XL, Segunda Parte, Sexta Época, del Semanario Judicial de la Federación, que dice: “LEY PENAL, APLICACIÓN DE LA, EN EL TIEMPO.-Si los hechos imputados al reo se cometieron antes de que entrara en vigor el código cuya aplicación se pretende, y éste había dejado de tener vigencia al dictarse la sentencia de primer grado, es indudable que la referida ley penal tiene carácter de intermedia y aun admitiendo que estableciera penalidad inferior y por lo mismo beneficiosa al acusado, resulta indudable su inaplicación por no haber regido al cometerse los hechos ni al dictarse la sentencia respectiva.” Sin embargo, debe considerarse que el criterio acabado de copiar fue superado por la posterior tesis que sobre el mismo tópico sustentó dicha Sala al resolver por unanimidad de cuatro votos, bajo la ponencia del Ministro Agustín Mercado Alarcón, el diez de noviembre del año de mil novecientos sesenta y cinco (1965), el amparo directo 7033/64, promovido por Luis Moreno Góngora, publicado en la página 50 del

<sup>366</sup> Ver al respecto a Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Tea, Tipográfica Editora Argentina, 8° reimpression, Buenos Aires, Argentina, 1978, pp. 194.

<sup>367</sup> Ver al respecto también a Sebastián Soler en op. cit., p. 194. Igualmente, a Antonio Berchelmann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, tomo II, Editorial Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, Coah., México, 1999, p. 809; y la ejecutoria que arriba se transcribe.

Volumen CI, Segunda Parte, Sexta Época, del Semanario Judicial de la Federación, que reza: "RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS BENÉFICA. Si bien es cierto que de acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley que consagra el artículo 14 constitucional, la ley sustantiva penal sólo es aplicable durante su vigencia temporal, también lo es que la no retroactividad de la ley tiene una excepción en el principio de aplicación de la ley posterior más benigna, entendiéndose por ésta, la más favorable en sus efectos al delincente.". Del análisis de dicha tesis se desprende con claridad que la ley sustantiva penal denominada intermedia, porque nace después del hecho delictuoso, pero antes o durante la tramitación del proceso y muere dentro del periodo de duración del proceso respectivo, cuando es favorable al inculcado, puede serle aplicada, no obstante que al momento de juzgarlo en la sentencia que al respecto se dicte haya cesado la vigencia de dicha ley. Y, siendo ello así, tal criterio conduce a considerar que conforme al texto del actual artículo 56 del Código Penal Federal, cuando se surte la hipótesis consistente en que si entre la fecha en que el inculcado cometió el delito, a la en que se dicta la sentencia respectiva, surge una ley que contemple penas más benignas que las señaladas en la ley que estaba vigente en la época de la comisión del delito, debe aplicársele la nueva ley aunque ésta ya no estuviere en vigor el día en que se le dictó la sentencia de primera instancia o la de segundo grado apelada por el inculcado. Por otra parte, cabe considerar que para concederle al inculcado el beneficio de aplicarle la ley penal más benigna, resultaría absurdo condicionar tal aplicación a un requisito que carece de sentido lógico como lo es el de que, aunque dicha ley hubiese surgido en fecha posterior a la de la comisión del delito, exigir que la misma deba encontrarse vigente todavía en la fecha en que se le dicta la sentencia de primer o de segundo grado, pues tal exigencia carecería de sustento racional, teniendo en cuenta que no se encuentra bajo el control de la exclusiva voluntad del inculcado el hecho de que la duración del trámite completo del proceso penal en su primera o segunda instancia desde su inicio hasta la emisión de la sentencia respectiva, coincida exactamente con una fecha en la que todavía permanezca vigente dicha ley penal benigna. Debe tenerse en cuenta, que en la realidad la duración de los procesos depende no sólo de la voluntad del inculcado, sino de las gestiones del Ministerio Público y las demoras a veces no justificadas del Juez para dictar la sentencia, quienes con sus propios actos pueden válidamente prolongar el término de duración del proceso, y por tanto en muchos casos dependería de tales funcionarios el que se lograra que la sentencia se dictara hasta un mes, una semana, un solo día, o un solo minuto, después de que dejó de tener vigor la ley penal intermedia y con ello se propiciaría una injusta situación con la demora del dictado de la sentencia, al obstaculizar arbitrariamente con ello que el inculcado se viera favorecido con la aplicación de la ley penal más benigna que hubiera nacido y fenecido dentro del término de la vida que tuvo el proceso.<sup>368</sup>

Me ocupo ahora de la modificación de sanciones en la ley «después» de sentencia ejecutoria. El artículo 5° del CPC dice que: (...) *Después de sentencia ejecutoria, el ejecutivo sólo reducirá la pena con base en el grado punible que se fijó en la sentencia. Si cambia la calidad de la pena y lo pide el sentenciado, se ejecutará la ulterior.* El artículo 5° del CPC previene que la proporción para reducir la sanción que ya se impuso, se decida con base en el grado punible que fijó la sentencia. Ese criterio se corresponde con el principio de medir la pena judicial con base en la gravedad de la culpabilidad. La que en nada cambia cuando la pena legal cambia y que se debe respetar por reflejar la adecuación de la pena al caso concreto. Lo que no sucede con las fórmulas de otros códigos, que atienden a límites abstractos que pasan por alto a la gravedad de la culpabilidad del autor. Tal es el caso del artículo 56 del CPF que dispone que la autoridad que esté ejecutando la sanción *atienda a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.* La postura del CPF de que se reduzca la pena que ya se impuso según un criterio abstracto es incongruente con los fundamentos de punir de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad que preceptúan los artículos 51 y 52 del mismo CPF. Pues como ya señalé, la gravedad de la culpabilidad en nada cambia cuando la pena cambia. Y aquella referencia se debería respetar por reflejar la adecuación de la pena a la culpabilidad concreta del responsable. La aplicación de la fórmula abstracta del artículo 56 del CPF conlleva el riesgo de la desproporcionalidad de la pena con dicha gravedad de la culpabilidad, atentando, por ende, contra el principio de congruencia de la pena con la intensidad de dicha culpabilidad. Por cuanto al cambio de la clase de penas es correcto que en el CPC se deje a elección del sentenciado cuál de ellas estima la más favorable (artículo 5° del CPC.) A diferencia de que la ley —CPF y CPDF— deje a la autoridad ejecutiva o judicial la determinación de la misma (artículos 56 del CPF y 10 del CPDF.) Porque si bien a primera impresión podría parecer evidente que, por ejemplo, la multa sea más favorable que la pena de prisión, no necesariamente sucede así en todos los eventos. La duración de la

<sup>368</sup> Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: S. J. F. y su Gaceta. Tomo: XII, julio de 2000 Tesis: IX.2o.17P. Página: 781. Materia: Penal. Tesis aislada. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. Amparo directo 163/2000. 25 de mayo de 2000. Mayoría de votos. Disidente: María del Carmen Torres Medina. Ponente: Pedro Elías Soto Lara. Secretaria: Juana Teresa Flores Hernández.

pena de prisión puede ser relativamente menor en un caso concreto —de días o semanas— y en el mismo caso concreto el pago de la multa puede ser inalcanzable o excesivamente onerosa para el sentenciado según sus posibilidades y circunstancias personales, en especial cuando la misma ley no limite la cuantía de la multa imponible a la posibilidad económica de aquél, como sí lo hace el artículo 100-párrafo tercero del CPC y sólo relativamente los artículos 29 del CPF, 38 y 39 del CPDF. Así, tratándose del cambio de la clase de penas en virtud de sucesión de leyes, el sentenciado podría preferir la pena de prisión —y la cual eventualmente se le supla o ya esté suplida por algún sustitutivo penal— en vez de pagar la sanción pecuniaria a costa de sus ahorros y los de su familia, mismos que en su particular situación pueden devenir vitales para su subsistencia y/o protección en su vejez. Por lo demás, al menos en los casos en que cambie la calidad o naturaleza de la sanción —quizás también debiere ser cuando cambie la entidad de la sanción— y según esto se tenga que aplicar la nueva por ser más favorable, es plausible que a diferencia del CPF y el CPC, el artículo 10 del nuevo CPDF deje tal facultad al juez, porque se trata en realidad de imponer una sanción nueva la que asimismo se tendrá que individualizar y en su caso tomar en cuenta el tiempo que el sentenciado haya cumplido en prisión, facultades que —al menos la primera— constitucionalmente compete a los jueces (artículo 21 C.)

Resta por último insistir que los supuestos que expresamente regulan los artículos 56 y 117 del CPF, 2, 10 y 121 del CPDF, 3°, 4° y 5° del CPC no son los únicos en los que opera el principio de la "ley más favorable". Pues el CPF, el CPDF y el CPC implican también como regla general el principio de aplicar la ley más favorable al sujeto activo «cualesquiera» que sea la norma a la que se refiera la ley ulterior con los límites que ya se señalaron, en los que la aplicación de la ley más favorable al inculcado a la vez no perjudique a otra persona en sus derechos. Es decir, aquella se puede referir no solo al tipo penal o a la clase o entidad de la pena sino a la modificación de las demás condiciones de punibilidad o de los ámbitos espacial o personal de aplicación e incluso de aplicación y ejecución. De aquí que la reforma a cualquier norma penal que implique beneficio al sujeto activo con relación a las consecuencias penales del delito, le deba favorecer a aquél aunque no se trate de derogación o modificación del tipo penal o de su penalidad. Ejemplos: Con base en los artículos 56 del CPF, 2 y 10 del CPDF y 3° del CPC se debe aplicar la suspensión o sustitución de sanciones nuevas o con condiciones más favorables al inculcado o sentenciado que llegue a contemplar una ley ulterior; o reconocerse al inculcado el anterior derecho al beneficio vigente cuando cometió el delito y que la ley nueva venga a restringir. O bien los casos paradójicos que se dieron en el CPC con motivo de las reglas de individualización de la pena de prisión, en tanto que hasta 1994, para fijar la pena de prisión el juez debía de ponderar tres grados: el de gravedad de la culpabilidad, el de gravedad del ilícito y el de peligrosidad, de cuya conjunción se obtenía el de punibilidad con base en el cual se aplicaba la sanción privativa de libertad; mas a partir de 1995 el CPC suprimió la ponderación del llamado grado de peligrosidad, el que se sustentaba en conductas precedentes negativas del inculcado. Pues bien, respecto a los inculcados que hubieren cometido un delito antes de 1995 y carecieren de conductas precedentes negativas, el grado mínimo de su peligrosidad necesariamente impactaba en su favor al grado de punibilidad de su conducta acuerdo con las normas vigentes cuando habían cometido el delito y, por ende, esas reglas les resultaban más favorables que si la pena se les individualizaba de acuerdo con las reglas nuevas, motivos y razones que daban lugar a la ultra-actividad de la ley anterior en su beneficio. En realidad, los artículos 4° y 5° del CPC y 56 del CPF solo regulan

de manera expresa algunos casos específicos de aplicación de la ley más favorable; mas no reglamentan con igual detalle o en lo absoluto a muchos otros que quedan fuera de los supuestos expresamente reglamentados por esos artículos, pero que sí se captan por la amplia fórmula de "aplicación de la norma más favorable". En tal orden de ideas, cabe incluso la posibilidad —con base en artículos 56 del CPF, 2 y 10 del CPDF y 5° del CPC— de que la ley ulterior motive que se reduzca la pena al sentenciado. Y en virtud de esa reducción, que el sentenciado tenga derecho a obtener el beneficio de condena condicional o algún sustitutivo penal que no habría procedido con la pena judicial anterior, mismos que se le deberán conceder de acuerdo con la fórmula de aplicación de la ley más favorable de los artículos 56 del CPF, 2 y 10 del CPDF y 3° del CPC.

**D. La vía autoritaria de la norma especial para aplicar una ley penal muerta.** Con base en todo lo que ya se expuso resulta recusable la opinión que sustenta la idea de que continúan o deben continuar siendo punibles los delitos que se dejen de prever o de sancionar por virtud de una reforma legal, si es que se cometieron bajo la vigencia de la ley anterior. O bien cuando las personas que los cometieron ya se encuentran sujetas a proceso o cumpliendo la pena. Esa postura ganaría apoyo, además, con el criterio de que el artículo 14 C sólo prohíbe la aplicación retroactiva en perjuicio de las personas, pero que tal artículo no le garantiza al individuo que se le aplique al hecho una ley penal posterior que sea más benéfica para aquél, aunque con ello no se perjudique a otra persona. En suma se aduciría que la Constitución prohíbe la aplicación retroactiva de la ley que sea perjudicial, pero no impide la ultractividad de la ley penal.

Al argumentarse de esta última forma, es claro que el razonamiento se centra en la literalidad de la garantía de irretroactividad perjudicial de la ley y se niega la regla de que la letra de la Constitución se pueda interpretar en sentido contrario, no obstante que se trate de garantías individuales. Opinión que no resiste la pauta que la misma SCJN ha empleado en infinidad de tesis para resolver la aplicación de la norma más benéfica cuando se trata de sucesión temporal de leyes penales. La misma regla de "interpretar el tenor literal de la ley en sentido contrario" de la que la doctrina jurídica se vale en todas las materias del Derecho y que sólo sufre excepción si la solución que se obtiene pugna con norma expresa o con su contexto jurídico o perjudica los derechos de otra persona. Mas con independencia de lo anterior, la postura que aquí se objeta pasa por alto un principio toral: La facultad punitiva estatal sólo puede sustentarse en una «auténtica» ley penal «vigente» que funde la punición.<sup>300</sup> (Garantía de ley previa vigente.) Ello es como se indica, porque: para punir es insuficiente que esa potestad estatal exista en una ley vigente «cuando» se comete el hecho. Lo que por cierto

---

<sup>300</sup> Se ha creído ver esa idea en el Decreto por el que se derogó la fracción XVI del artículo 387, se reformó el artículo 419 y se adiciona un Título Vigésimo Sexto al Libro Segundo, del CPF, Diario Oficial 24/12/96, fecha de promulgación 18/12/96, en el artículo SEGUNDO TRANSITORIO que dispone: "A las personas que hubieren cometido delitos contemplados en la Ley Federal de Derechos de Autor publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1956, con anterioridad a la entrada en vigor del presente decreto, les serán aplicables las sanciones vigentes al momento en que se hubieren realizado dichas conductas. Al efecto, los artículos 135 a 144 de dicha ley, seguirán vigentes y se aplicarán a la persecución, sanción y ejecución de sentencias por hechos ejecutados hasta antes de la entrada en vigor del Título Vigésimo Sexto que se adiciona al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal por este decreto". Así mismo, en el Decreto por el que se reforman los artículos 40, párrafo segundo; 164, párrafo primero; 196; la denominación del Capítulo II del Título Decimotercero del Libro Segundo, y las fracciones XIV y XV del artículo 381; se adicionan un segundo párrafo al artículo 176; los artículos 240 Bis y la fracción XVI al artículo 381, publicado en el Diario Oficial 08/02/99, con fecha de promulgación 29/01/99, pues en el párrafo primero del artículo SEGUNDO TRANSITORIO se dispone que: "A las personas que a la fecha de entrada en vigor del presente decreto se encuentren sujetas a proceso penal por alguno de los delitos contenidos en las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de fuero federal, mencionadas en el Artículo Primero de este Decreto, les serán aplicables las disposiciones de dichos artículos vigentes al momento de la comisión del delito". Sin embargo, esa impresión es errónea, pues en todos los casos de esas reformas, la ley ulterior mantuvo el ámbito de tipificación penal de la ley anterior. La ley ulterior sólo «ampliós» ese ámbito de prohibición, pero «conservando el anterior», sin que éste sufriera modificación sustancial. Ésta se da cuando los elementos esenciales para la punibilidad del hecho ya no son los mismos en la nueva ley, la que da origen en realidad a un delito nuevo y a la derogación del anterior. Si éste hubiera sido el caso, entonces sí se estaría ante un problema de inconstitucionalidad.

sí es imprescindible. Ya que, además, es preciso que la punición del hecho esté aun *vigente* en la ley «cuando» por tal hecho se aplique la pena y «durante el tiempo» que a la misma se le *ejecute* —o se le *pretenda ejecutar*— con motivo de aquel hecho. Lo cual ahora queda fuera de duda en el artículo 1° del nuevo CPDF. De no ser así, cuando el juez haya de punir, sancionaría sin auténtica ley «*vigente*» que sustente la punición. Y cuando la pena se ejecute, se le ejecutaría sin «*auténtica*» ley «*vigente*» que apoye el motivo de la ejecución de aquella pena.

La limitación que impone el principio de legalidad estricta en los delitos y las penas no se salva porque en la ley que derogue delitos o penas se prevea que continuarán siendo punibles los hechos que ya se cometieron bajo la vigencia de la ley anterior. Porque ello sería acudir a la vía autoritaria de expedir una ley para punir con base en una ley muerta. Y la cual, además, sería cuasi-especial-privativa, porque se semejaría a decretar una pseudo ley de contra-amnistía. Pues no sería otra cosa el pretender que se aplique o que se mantenga una pena por una conducta que la misma ley ya deja de punir. De no ser esto así, entonces se tendría que admitir que en realidad la ley penal anterior —y que se derogó— todavía está “*vigente*”. Lo cual no sería cierto. Porque es del todo rechazable que una ley nueva pueda hacer sobrevivir una norma punitiva que ella misma deroga, para los casos que acaecieron durante la vigencia de aquella norma. Porque en el fondo seguiría siendo una no-ley. Puesto que la ley anterior ya no es ley vigente. Es una norma derogada, a la que sólo de manera artificial se le haría respirar. En tal sentido son ilustrativas las tesis siguientes:

**RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. CASO EN QUE SE AUTORIZA LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEGISLACIÓN AUN CUANDO UN ARTÍCULO TRANSITORIO PREVEA LA VIGENCIA DE LA LEY ABROGADA.** (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA.) El decreto sin número publicado en el Diario Oficial del Estado de Baja California, el diez de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, que suprimió el delito de vagancia y malvivencia, tipificado por el artículo 214 del código penal vigente desde el diez de septiembre de mil novecientos setenta y siete, debe aplicarse a favor del reo aun cuando el artículo 2° transitorio de aquel decreto que creó el nuevo código penal autorice la aplicación del código penal abrogado, por los delitos cometidos durante su vigencia, lo anterior, a efecto de que no quede consumada de un modo irreparable una violación constitucional al sancionar al acusado por una conducta que dejó de ser delictuosa, pues de lo contrario se atentaría, además, contra el principio de jerarquía de la ley, conforme al cual ninguna disposición de carácter secundario puede prevalecer sobre la ley suprema, que en su artículo 14 a contrario sensu, autoriza la aplicación retroactiva de la ley cuando es favorable al reo.<sup>370</sup>

**DERECHOS DE AUTOR. EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE ADICIONÓ EL TÍTULO VIGÉSIMO SEXTO AL LIBRO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, EN TANTO QUE PRETENDE SANCIONAR PENALMENTE LA CONDUCTA CONSIDERADA DELICTIVA, SÓLO HASTA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL PROPIO DECRETO, EN EL ARTÍCULO 135, FRACCIÓN II, DE LA LEY RELATIVA ABROGADA, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN BENEFICIO DEL INCUPLADO, PROCESADO O SENTENCIADO.** Si bien es cierto que una norma de tránsito tiene como función regular el paso ordenado de una ley anterior a una nueva, precisando cuál es el tratamiento que se debe dar a las situaciones o hechos jurídicos que habiendo surgido durante la vigencia de aquélla, puedan tener alguno o algunos de sus efectos durante la vigencia de ésta, con la finalidad de dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica, también lo es que tratándose de la derogación o abrogación de leyes penales sustantivas, la regulación que al respecto realice una norma de tránsito debe observar los principios de exacta aplicación de la ley en materia penal y de retroactividad de la ley en beneficio del inculgado, procesado o sentenciado, previstos, respectivamente, en los párrafos inicial y tercero del artículo 14 constitucional. En congruencia con lo anterior, es de estimarse que el artículo segundo transitorio del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis, al disponer que los tipos penales contenidos en la abrogada Ley Federal sobre el Derecho de Autor, específicamente el previsto en la fracción II de su artículo 135, seguirán vigentes por cuanto a la persecución, sanción y ejecución de sentencias por los hechos ejecutados hasta antes de su entrada en vigor, viola los principios constitucionales referidos, pues en el catálogo de figuras típicas reguladas en el título vigésimo sexto del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, establecido en virtud del citado decreto, no se tipifica la conducta considerada anteriormente como delictiva en el aludido precepto de la abrogada ley autoral y, por ende, no se presenta una sucesión de normas sustantivas penales en el tiempo, al no preverse idénticas conductas típicas en la ley

<sup>370</sup> Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Criterio: 0000185 SCJN, Tribunales Colegiados, S. J. F., Octava Época, Tomo VIII-julio, Tesis XV, 10, 16P, p. 208. Precedentes: Amparo Directo 283/89, Heriberto Cázarez Millán, 19 de octubre de 1989, Unanimidad de Votos. Ponente: Raúl Molina Torres. Secretario: Benigno Larios Ival.

anterior y en la nueva, por lo que los hechos cometidos durante la vigencia de aquélla al dejar de tener el carácter delictivo no pueden surtir efecto alguno, y por ello, durante la vigencia de la nueva ley, ya no pueden ser objeto de persecución, investigación, procesamiento, ni de una sentencia condenatoria y su ejecución. Además, si se estimara vigente el mencionado artículo de la abrogada ley del derecho de autor, como la conducta tipificada en él dejó de tener el carácter delictivo en el ordenamiento vigente, constituiría una norma privativa prohibida en el artículo 13 constitucional, al aplicarse sólo a aquellos individuos ubicados en el supuesto normativo hasta antes de la entrada en vigor del ordenamiento penal.<sup>371</sup>

El que se pudiera apoyar una pretensión punitiva del Estado para los casos señalados, aparejaría que se procurara una inconstitucional aplicación de pena «*sin ley vigente*» que la sustente. Y significaría, además, que la pena se debiere apoyar en la sola idea de una retribución pura y contradictoria en sí; o tan sólo para que aquella sirva de ejemplo de que no quedará impune la desobediencia responsable de la ley. En tanto que si es el legislador mismo quien estima que la conducta que antes consideró punible, en adelante ya no se punirá, ¿cómo podría entonces sostener él mismo, que por el simple transcurso del tiempo se trate de manera desigual a conductas iguales? Si no fuese sólo para reafirmar de manera arbitraria la negación a la negación del derecho y sin ningún otro sentido más que el ejemplar. Más aún, porque la punición en realidad se apoyaría en artículos de la misma ley penal que deroga. Mas la ley que deroga a la anterior no regía cuando se cometió el hecho. Por lo tanto, todo ello implicaría en el fondo la vía de autorizar que en perjuicio de las personas se aplique una la ley no vigente al momento del hecho, con violación del principio de igualdad y de la garantía de ley previa.

Sin que a ello se le pudiera oponer la excepción de una cosa juzgada en favor del Estado, en el sentido de que si a la persona ya se le juzgó y se le está ejecutando la pena, la derogación de la ley penal ya no le puede deparar beneficio a esa persona; pues ya se le aplicó la ley y se violaría el principio de *seguridad jurídica*. Porque con ese argumento se pasa por alto que la *seguridad jurídica* se instituye en beneficio de las personas y no en favor del Estado. Igualmente, se desatendería que el Estado manifiesta su facultad de punir en tres momentos: cuando en la ley conmina con penas, cuando el juez las impone y cuando el órgano ejecutor las hace cumplir. Mas la ejecución de una pena no tan sólo depende de la ley que rige su ejecución; sino, además, esa ejecución se basa en la pena que el juez aplicó de acuerdo con la ley penal y conforme al hecho que el mismo legislador es quien ya dejó de prever como delito o de sancionar con la pena que se ejecuta. Por lo tanto, no se elimina el injusto contrasentido de que el Estado ejecute una pena que él mismo dispone en la ley que ya no se imponga. Sinrazón que se agrava aún más, si se tiene presente que ella deviene de la violación al principio de *estricta legalidad* por el que el artículo 14 C limita al poder punitivo del Estado y protege a las personas. Por otra parte, es verdad que el principio de *seguridad jurídica* debe prevalecer en los casos en que ello sea más benéfico para la comunidad. Empero, no queda nada claro ¿cómo puede ser más benéfico para la comunidad que el Estado continúe con la pretensión de punir una conducta, que él mismo ya declaró que no se habrá de penar? Podrían alegarse quizás motivos de «prevención general»; es decir, como un ejemplo de que la desobediencia de la ley penal nunca quedará impune. Y puede ser que en eso haya algo de cierto. Pero

---

<sup>371</sup> Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: S. J. F. y su Gaceta. Tomo: XII, Septiembre de 2000. Tesis: P. CXLIV/2000. Página: 21. Materia: Constitucional, Penal. Tesis aislada. Amparo en revisión 471/98. 8 de junio de 2000. Mayoría de seis votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Genaro David Góngora Pimentel. Ausentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy cinco de septiembre en curso, aprobó, con el número CXLIV/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a cinco de septiembre de dos mil.

con ello se olvida que la facultad de punir no se puede fundar en motivos de prevención general sin el límite de sustentar la pena en la culpabilidad del autor ajustada a los cauces constitucionales. En la cual al autor no se le debe usar como «objeto» para ejemplo de otros. Porque entonces se le castiga en consideración a los demás y no en atención a la conducta que él realizó. Y «antes» que eso, se relegaría la razón de que la pena se funda en la estimación del legislador de que ese hecho lesiona bienes jurídicos de tal forma que se hace necesaria su punición. Y es el caso que, precisamente es el legislador quien considera que la punición del hecho ya dejó de tener la legitimación de su necesidad social.

**F. La sucesión de normas procesales penales.** Contra lo que pueda parecer, el principio de aplicar la norma más favorable no funciona de manera muy diferente en las normas procesal-penales de como opera en las normas penales. Por cuanto que para las normas procesales rigen dos puntos clave que también se aplican para las normas penales. Y los que pueden enmarcarse en la tesis que llamo «situación motivacional» que rige la aplicación temporal de las normas. Y que tiene como punto de partida la máxima «tempus regis actum». A partir de ésta primera clave —“el tiempo rige al acto”— se puede delimitar el lapso durante el cual es posible plantear la aplicación de normas —en este caso de naturaleza procesal— que se sucedan en el tiempo. Esto es, aquél punto clave marca el inicio del lapso temporal durante el cual puede plantearse un problema de sucesión de leyes, a la vez que permite delimitarlo. Y el mismo es válido tan para las normas penales como para las procesales-penales. La segunda clave atañe a la situación que da origen a la aplicación de la norma. Tratándose de la aplicación de normas procesales tan el acto como la situación en ocasiones difieren en el tiempo del momento en el que se cometió el delito y de las consecuencias jurídicas inherentes al mismo. Y sin embargo, ello no apareja un cambio radical en el tratamiento de las normas procesales penales del que se da a las normas penales que se suceden temporalmente como luego se verá. Por lo pronto, en este apartado me ocupo de manera principal de los dos puntos clave respecto a las normas procesales. Para en el siguiente ocuparme de la distinción sustancial entre normas penales y normas procesales penales y, por último, reiterar mi postura.

Jurisprudencialmente se ha dicho que la ley procesal penal se rige por los actos que dan motivo a su aplicación. Es decir, la aplicación de la norma procesal se motiva a partir de cuando se dan ciertos actos regulados por la ley que dan pie a una situación jurídica regida por aquella. De tal manera que cuando cesa la situación que dio lugar a la aplicación de la norma procesal, se extingue la relación jurídica que vinculó a los sujetos con relación a esa situación. Así, el lapso dentro del cual se puede plantear un problema de aplicación de normas procesales que se suceden en el tiempo es a partir de cuando se da el motivo que origina la aplicación de la norma hasta cuando cesa la situación jurídica que se originó por su aplicación. Por ello, como regla general, una norma procesal nueva no puede ser retroactiva —o mejor dicho, es inaplicable— a situaciones jurídicas que ya se extinguieron o consumaron al amparo de una ley procesal anterior. Todo ello apareja independizar ese acto y la situación procesal del tiempo en el que se dio el delito. Lo cual es correcto sólo si se trata de normas sustancialmente procesales, mas no así cuando se trata de normas formalmente procesales pero sustancialmente penales como se verá en el apartado siguiente.

En efecto, mientras la relación jurídica «*sustantiva*» penal que motiva la aplicación de la ley penal de ordinario surge desde el momento en que la persona comete el delito y culmina hasta cuando se extingue la acción o la sanción penal por aquél delito. En cambio, la relación jurídica «*procesal*» penal —que motiva la aplicación de la ley procesal penal— nace cuando al inculpado se le somete a las situaciones del procedimiento y del proceso penal y termina cuando se agotan esas situaciones de índole procedimental o procesal. Son pues los actos de la averiguación previa y del proceso —y no el delito mismo— los que dan motivo a la aplicación de las normas procedimentales y procesales que los rigen. Pero en uno y otro caso, las relaciones jurídicas procedimentales o procesales sólo pueden darse con relación al inculpado con motivo de los actos que dan pie a su aplicación durante la averiguación previa y el proceso originando precisamente las situaciones reguladas por las normas de aquella clase. En consecuencia, la aplicación de aquellas normas de carácter procedimental o procesal no cabe plantearla antes de que se dé el motivo que origina la aplicación de la norma procedimental o procesal de que se trate, ni después de que en virtud de la aplicación de aquella norma se extinga la situación jurídica originada por dicha aplicación.

Ello también quiere decir que las relaciones y situaciones jurídicas que se derivan de la averiguación previa y del proceso aún no existen cuando el inculpado comete el delito. Aquéllas apenas podrán surgir a partir de cuando se dan la denuncia o la querrela o se someta al inculpado al proceso penal. Por ende, resultaría de entrada un falso problema de sucesión temporal de normas procesales, el cuestionarse si es o no es correcto que al entrar en vigencia una ley procesal nueva se deba aplicar la norma procesal —anterior— que regía cuando el inculpado cometió el delito por serle más benéfica, toda vez que cuando la norma anterior estaba vigente precisamente aún no nacía la averiguación previa o la relación jurídica “*procesal*” penal ni tampoco se daban los motivos que dieran origen a la aplicación de la norma procedimental o procesal con relación al inculpado. Dicho de otro modo, si se modifica la ley procesal penal “*después*” de que el inculpado comete el delito pero “*antes*” de que se le someta a situaciones jurídicas concretas que impongan las normas del procedimiento o del proceso, de tal suerte que la nueva norma *procesal* contemple situaciones o consecuencias jurídicas que serán más onerosas para el inculpado que las que preveía la ley cuando aquél cometió el delito, no se podrá sostener con validez que al inculpado le es aplicable la ley procesal “*anterior*” bajo el argumento de que esa era la norma procesal vigente cuando cometió el delito, ni siquiera con la tesis de que ella le era la más favorable. Y ello es así, porque en el momento en el que se comete el delito, aún no se daban los motivos para que se actualizaran los supuestos legales que habrían de regir esas situaciones o consecuencias de mera índole procesal. El sostener lo contrario aparece confundir la «clase» de relación jurídica, esto es, la de carácter *sustantivo* penal con las relaciones jurídicas de carácter *procedimental* o *procesal* penal. Y lo que es más importante, se pasa por alto el tiempo en el que se da el motivo que origina la aplicación de las norma —«*tempus regis actum*»—. Porque es claro que no hay razón para invocar la aplicación de normas derogadas si cuando son sucedidas por otras aún no se da el acto —o una situación jurídica originada por ese acto— que motive —y regule— su aplicación. En otras palabras, si cuando se dio la sucesión temporal de normas todavía no había motivo para se aplicase la norma, ninguna razón existe para invocar la preferencia de la norma anterior sobre la posterior o viceversa. La tesis federal siguiente es ilustrativa al respecto:

**RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PROCESALES. NO EXISTE POR REGLA GENERAL.** Una ley procesal se forma, entre otras cosas, por normas que otorgan facultades que dan la posibilidad jurídica a una persona de participar en cada una de las etapas que conforman el procedimiento. Al estar regidas esas etapas por las disposiciones vigentes en la época en que van naciendo, no puede existir retroactividad mientras no se prive de alguna facultad con que ya se contaba. Por tanto, si antes de que se actualice una etapa del procedimiento: el legislador modifica la tramitación de éste, suprime un recurso, amplía un término, modifica la valoración de las pruebas, etc., no existe retroactividad de la ley; ya que la serie de facultades que dan la posibilidad de participar en esa etapa, al no haberse actualizado ésta, no se ven afectadas.<sup>372</sup>

También es clara la siguiente tesis del TSJC: **SUCESIÓN TEMPORAL DE LEYES PROCESALES. LA VALORACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES SE SUJETA AL MOMENTO EN QUE SE REALIZÓ EL ACTO PROCESAL Y NO AL TIEMPO DE COMISIÓN DEL DELITO.** El argumento toral del recurrente consiste en que se debe aplicar la ley procesal anterior, porque era la que estaba vigente cuando se cometió el delito. Sin embargo: la persona apelante pasa por alto que la aplicación de la ley procesal penal surge con motivo del proceso y no antes. Es decir, cuando se comete el delito nace apenas la pretensión punitiva de la acción penal para el caso concreto, que regula el Código Penal y, por tanto, de carácter sustantivo. Cuya existencia se deberá resolver previo el debido juicio legal. Pero es obvio que en el momento en que se comete el delito y nace la pretensión que sustenta a la acción penal, el proceso aún no se inicia. Y mientras no se ejercite dicha acción, ni siquiera se puede hablar de una relación jurídica procesal. Es a partir de cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal, y no antes, cuando se plantea la aplicación de la ley procesal penal. Como es a partir del momento en que el inculcado queda sujeto a la potestad del juez, cuando la relación jurídica procesal se perfecciona. En tal línea de pensamiento: la aplicación de la ley procesal vigente cuando se cometió el delito, sólo se puede dar si para cuando se inicia el proceso, dicha ley procesal continúa vigente. Ya que es el ejercicio de la acción penal y, con ello, el surgimiento de una relación procesal, lo que motiva la aplicación de la ley procesal. Por ello, la ley procesal que se aplica durante el proceso es la que se encuentre vigente cuando el proceso se inicia y desarrolla. Pero ningún sustento existe para pretender que, al modificarse la ley procesal, se aplique ultra-activamente la norma procesal que se encontraba vigente al tiempo en el que se cometió el delito. Ni siquiera bajo el argumento que la ley procesal anterior era más favorable. Y no sólo porque se pretende que sin regulación legal alguna se aplique ultra-activamente la ley procesal derogada. Sino porque también, tal caso, por tratarse de aplicación "ultra-activa" no se comprende por la garantía de aplicación "retroactiva" de la ley en beneficio de la persona. Pues es evidente que no se trata de retrotraer la nueva ley a una situación anterior. Sino de sostener la ultra-aplicación de la ley anterior, en vez de la nueva. Además, porque el tiempo de comisión del delito rige como regla general para aplicar la ley penal y las normas sustancialmente penales. Pero no rige para aplicar ley procesal penal. De tal manera que es irrelevante que se modifique la ley procesal después de que se comete el delito y antes de que se inicie el proceso. Pues es el ejercicio de la acción penal lo que motiva aplicar la ley procesal. La que por, regla general, no puede ser otra que la ley procesal vigente cuando se ejercitó la acción y durante el desarrollo del proceso. Pero de ningún modo la anterior. El apelante también pasa por alto el tiempo del acto procesal que combate y que fue el que, precisamente, apenas dio lugar a la aplicación de la norma procesal vigente que él impugna. Del cual es claro que su motivo de agravio deviene improcedente. En efecto: con base en el artículo tercero transitorio del decreto número 558, de fecha 2 de noviembre de 1994; que se publicó en el Periódico Oficial del Estado en noviembre 4 del mismo año; los actos procesales se rigen por la ley procesal vigente cuando aquellos se realizaron y no por el tiempo de consumación del delito.<sup>373</sup>

En tal orden de ideas, sólo es válido hablar de un posible problema de sucesión temporal de normas cuando se dan los actos que motiven su aplicación y mientras dure la situación jurídica —sustantiva penal, procedimental o procesal penal— que dé lugar a la aplicación y la ejecución de esas normas. Ese es el único lapso posible durante el cual puede plantarse la aplicación más favorable de normas que se sucedan durante ese tiempo. En suma, *sólo es correcto plantear un problema de sucesión temporal de normas partir de cuando se dan los actos que motivan la aplicación de esas normas. Y sólo mientras dura la relación jurídica sustancialmente penal, procedimental o procesal de igual índole o las consecuencias materiales directas de las primeras, motivadas por la aplicación de las normas en sucesión. Pero no antes, ni después.*

Ahora bien, la relación jurídica procedimental y procesal penal es compleja. En tanto que —en uno de los aspectos de tal complejidad— aquélla se modifica según las diversas situaciones jurídicas que se dan en el procedimiento y durante el proceso. Sea en lo principal o en sus incidentes. Por lo general, la nueva norma procesal se apodera de inmediato de las relaciones jurídicas procesales preexistentes, tan de la relación principal como de las incidentales, a efecto de regular las nuevas situaciones jurídicas que se generen con motivo de los actos que den pie a su aplicación. Pero sin que en dichas relaciones se afecte a las situaciones

<sup>372</sup> S. J. F., *Octava Época*, Tomo I. Primera Parte, enero-junio de 1996, p. 110. Tesis de rubro: "RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PROCESALES, NO EXISTE POR REGLA GENERAL". Y Apéndice al 956, p. 604. De rubro: "RETROACTIVIDAD TRATÁNDOSE DE LEYES PROCESALES, RESULTA INAPLICABLE LA."

<sup>373</sup> TSJC, T. P. 566/95, sentencia 809/96, 5 de noviembre de 1996, unanimidad de votos. En Antonio Berchelmann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, tomo II, p. 815.

jurídicas que ya se consumaron bajo el amparo de la norma procesal anterior. Ello conlleva a que cuando se extingue la situación jurídica procedimental o procesal que se generó de acuerdo con la ley previa, no pueda ser aplicable de manera retroactiva la ley nueva. Esto es, **1)** la nueva norma procesal será inaplicable retroactivamente a situaciones que ya se extinguieron y se rigieron por la aplicación de la norma anterior — derogada—. Y, además, **2)** la norma procedimental o procesal derogada será ya inaplicable a las nuevas situaciones jurídicas, en virtud de que éstas se regirán por la norma nueva. Finalmente, **3)** respecto a las situaciones jurídicas preexistentes que todavía no se agotan, de las normas procesales en sucesión será aplicable la más favorable o menos gravosa para el inculpado. Pues en tales eventos, la situación jurídica procedimental o procesal aún es la misma. Por lo tanto, en esos casos la «nueva» norma procedimental o procesal se aplica retroactivamente si ella es más benigna o menos onerosa para el inculpado. O si la ley anterior es más benéfica o menos onerosa, ella se aplica ultra-activamente. En tanto ya había surgido y aún permanece la situación jurídica que motiva su aplicación. *Lo cual es válido incluso cuando se llegare a tratar de sucesión de normas constitucionales que regulen garantías dentro del procedimiento.* Al respecto, son también orientadoras las tesis del TSJC que enseguida se citan:

**SUCESIÓN TEMPORAL DE LEYES PROCESALES. REGLA GENERAL Y EXCEPCIÓN.** De la interpretación contextual de los artículos tercero y cuarto transitorio que se contienen en el decreto de reformas al Código de Procedimientos Penales que inició su vigencia en 1995; así como con base en los principios generales de derecho que rigen en materia de sucesión temporal de leyes procesales; se pueden derivar una regla general y dos excepciones. La "regla general" consiste en que tan pronto se inicia la vigencia de la nueva ley procesal, al implicar la cesación de vigencia de la ley sucedida, las relaciones procesales formales dejan de estar tuteladas por las normas anteriores e inmediatamente se sujetan a las nuevas. Es decir: tratándose de sucesión temporal de leyes procesales, la ley que se debe aplicar es la vigente al momento de realizarse el acto procesal. De ésta manera se explica que con relación a las situaciones adjetivas que se agotaron durante la vigencia de la ley anterior, la nueva ley es inaplicable retroactivamente para valorar el acto procesal agotado conforme a la norma anterior. Sin embargo, la "primera excepción" se presenta respecto a las situaciones jurídicas de orden procesal que se iniciaron bajo la vigencia de la ley anterior, pero que aún estén por consumarse bajo la vigencia de la nueva ley. Pues en tal caso debe prevalecer la ley más favorable al inculpado. La "segunda excepción" estriba en las situaciones procesales que ya se consumaron, pero en las que continúa la causa que les dio origen. En tanto aquellas se pueden plantear de nuevo con base en la nueva ley, si ésta le resulta más favorable al inculpado. Aunque en este caso en realidad no existe aplicación retroactiva, ni ultra-activa de la ley procesal. Simplemente se aplica la ley vigente.<sup>374</sup>

**CAREO CONSTITUCIONAL OBLIGACIÓN DEL JUEZ PARA CELEBRARLO, CON INDEPENDENCIA DE QUE LO HAYA SOLICITADO EL INculpADO (APLICACIÓN ULTRA-ACTIVA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL DEROGADA).** El juez violó la fracción IV del artículo 20 constitucional, vigente hasta antes de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres. Así como los artículos 303 y 306 del Código de Procedimientos Penales, vigentes hasta antes de la reforma que entró en vigor en enero del año próximo pasado, con relación al segundo párrafo del artículo 235 del citado ordenamiento legal: Relativos a la "obligación del juez de acordar los careos necesarios para la conclusión válida de la primera instancia". Ello es así, pues al observar la norma actual que prevé la fracción IV del artículo 20 Constitucional, el juez aplicó retroactivamente la ley en perjuicio del inculpado con violación al primer párrafo del artículo 14 constitucional: Cuenta habida de que cuando el juez acordó el careo necesario, lo hizo bajo el amparo de la ley procesal anterior, cuya ultraactividad debió aplicar con base en el artículo 3º transitorio del decreto de reformas al Código de Procedimientos Penales publicado en el *Periódico Oficial* el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro. En consecuencia, si el inculpado, bajo el amparo de la ley anterior, ya había adquirido el derecho de ser careado con la persona que declaró en su contra, independientemente que lo haya solicitado o no, el careo debió celebrarse. Ya que la ley posterior relativa al careo constitucional necesario no debe afectar los derechos procesales del inculpado, de la misma índole constitucional, ya adquiridos con antelación.<sup>375</sup>

## **G. La distinción entre normas sustantivas penales y normas procedimentales o procesales penales para el efecto de la sucesión temporal de leyes. Ahora bien, de acuerdo con lo dicho presenta especial**

<sup>374</sup> TSJC. , T. P. 566/95, sentencia 809/96, 5 de noviembre de 1996, unanimidad de votos. T. P. 714/96, sentencia 768/96, 29 de octubre de 1996, unanimidad de votos. T. P. 69/95, sentencia 387/96, 25 de junio de 1996, unanimidad de votos. T. P. 495/95, sentencia 385/96, 25 de junio de 1996, unanimidad de votos. T. P. 569/95, sentencia 206/96, 9 de mayo de 1996, unanimidad de votos. T. P. 632/95, sentencia 188/96, 23 de abril de 1996, unanimidad de votos. En Antonio Berchelmann Arizpe y Eirén Ríos Vega, *Testis Penales, Actualización I*, Tomo II, pp. 815 y 816.

<sup>375</sup> T.P. 312/96, sentencia 462/96, 16 de julio de 1996, unanimidad de votos. En Antonio Berchelmann Arizpe y Eirén Ríos Vega, *Testis Penales, Actualización I*, Tomo I, p. 147.

interés la pregunta siguiente: ¿Cuáles normas son realmente de carácter sustantivo penal y cuáles son de naturaleza procesal penal? ¿Cuál es el punto toral de distinción entre ellas? ¿Y cuáles son las consecuencias de esa distinción?

Esos planteamientos se han tratado de resolver de diversas maneras. Varias de ellas insatisfactorias. Otras tantas inadmisibles. Así, podría pensarse que la primera cuestión se resuelve según la norma se halle en el código penal o en el código procesal. Mas esta postura formal, al igual que la que estima —sin mayor consideración— que las normas que rigen la acción penal tienen naturaleza penal —desconociendo que ella también es una cuestión central de análisis en el ámbito procesal— son planteamientos que devienen inconvincentes por su falta de fundamentación jurídico-sustancial acorde con un estado de derecho. ¿Pues qué acaso la prohibición constitucional de irretroactividad perjudicial dependería de la mera ubicación formal de la norma? Porque un criterio así dejaría a la garantía al mero arbitrio del legislador ordinario. En tanto él podría decidir, por ejemplo, que la regulación de la prescripción de la acción penal pase del código penal al código procesal penal. Cancelando con esa simple maniobra la naturaleza esencialmente penal de las normas que rigen la prescripción de la acción penal como más adelante se verá. ¿O qué acaso esa cuestión pendería del simple argumento de que las normas penales estarían dirigidas a los particulares y las procesales a los jueces, funcionarios y auxiliares? Porque esta tesis —que parte de la teoría de las normas— involucra también una solución poco plausible. Así, Zaffaroni dice: (...) esa distinción no es sostenible en el ámbito punitivo, donde todas las leyes están dirigidas a estos últimos, entre otras razones porque lo contrario sería difícilmente compatible con la concepción fragmentaria del poder punitivo (el llamado carácter sancionador del derecho penal.)<sup>376</sup> Piénsese también en la distinción —que Zaffaroni llama «sutilísima y artificial»<sup>377</sup>— de que las normas procesales afectan a la perseguibilidad y no a la punibilidad del hecho. Zaffaroni apunta que con aquél argumento en Alemania se estimó que una norma nueva que amplíe el plazo de prescripción de la acción penal puede aplicarse retroactivamente en perjuicio del inculgado. Y el mismo Zaffaroni refiere que aun cuando en Argentina se sostuvo que una ley de esa naturaleza sería inconstitucional, también se consideró que, tratándose de ley extranjera, los tribunales nacionales deben conceder la extradición con base en ella, porque el Derecho Internacional no exige la ley previa en su ámbito. Con lo que se consagra la *tesis del doble derecho*. Respecto de ella Zaffaroni señala: (...) No puede explicarse de otro modo que una ley que por violar garantías no pueda tener vigencia nacional, deba valer para los jueces nacionales si es producida por un parlamento extranjero.<sup>378</sup>

Todo ello obliga a plantearse entonces dos puntos torales: 1º. ¿Cuál es el contenido sustantivo-penal de una norma o al cual ella misma condicione su aplicación? Y 2º. ¿Cuál es el momento en el que surge la relación jurídica por algún acto que motiva la aplicación de aquella clase de normas? Siguiendo a Zaffaroni en el primer punto arriba citado: ***La norma será "penal" cuando su aplicación conlleve en sí una medida o una consecuencia igual o substancialmente equivalente a la pena, a la reducción de la misma o de sus consecuencias, o a la exclusión o extinción de esa pena.***

<sup>376</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Proceso Penal y Derecho Humanos: Códigos, Principios y realidad, en América Latina: Análisis Regional*, p.10.

<sup>377</sup> Ídem. op. cit., p. 11.

<sup>378</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., p. 10.

Esa postura tiene un indudable soporte constitucional en casi todos los estados de derecho: La potestad punitiva del Estado —por virtud de la creación de delitos y penas— se traduce en medidas que afectan la libertad personal; aquella interesa pues, a uno de los principales derechos del ser humano que garantiza la C., cual es la libertad personal. Por ende, las normas que incidan en sí sobre la libertad personal atañerán siempre a un derecho público subjetivo —de naturaleza sustantiva—. Y las cuales, por ello, serán normas de naturaleza penal sustantiva. Y precisamente por lo mismo, esas normas se han de regir por las garantías que señala la misma C., dentro de las cuales está la irretroactividad perjudicial de las leyes y la derivación en materia penal del principio de aplicación de la norma más favorable.

***Por lo demás, cuando por virtud de la propia ley, la aplicación de una norma —que formalmente es procesal— depende —según la propia norma— de la clase de pena o de la gravedad del delito y aquella afecta materialmente la libertad personal, es claro entonces y a mayoría de razón, que esa norma se deba considerar de índole sustantiva penal, cuyo ámbito temporal de aplicación se decide a partir de cuando se comete el delito; porque es desde ese momento que existe la referencia para saber la clase de pena o la gravedad del delito para decidir la aplicación de la norma aparentemente procesal, pero sustancialmente afectatoria de la libertad personal.***

Por último, no debe pasarse por alto la garantía que también consagra el artículo 14 C. relativa al derecho de ser juzgado (...) conforme a leyes expedidas con anterioridad al «hecho».<sup>379</sup> Y éste «hecho» no puede ser otro que el delito mismo al cual hacen referencia las normas sustancialmente penales (aunque sean formalmente procesales.) En tal línea de pensamiento es conducente citar la importante jurisprudencia por contradicción de tesis 44/2000 de la SCJN, del tenor literal siguiente:

**LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN ES UN DERECHO SUSTANTIVO RESPECTO DEL CUÁL RIGE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL, CONSISTENTE EN LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY EN BENEFICIO DEL REO.** La libertad provisional bajo caución establecida en el artículo 20, fracción I, de la Constitución Federal es un derecho sustantivo o fundamental del gobernado, y no una cuestión meramente adjetiva o procesal, por que además de esta consagrado como tal en la Carta Magna, invoca uno de los derechos sustantivos más preciados del hombre, como es su libertad y la afectación que produce su negativa, no es susceptible de ser reparada, aunque el interesado obtuviera una sentencia absolutoria; y, por ende, le es aplicable la excepción contenida en el artículo 14 constitucional en cuanto a la aplicación retroactiva de la ley en beneficio del reo, en este caso, del indiciado, procesado o sentenciado; lo que significa que al resolver sobre el derecho de referencia, se debe aplicar la ley más benéfica para aquel, ya sea la vigente en el momento en que se cometió el ilícito, si ésta permitía que se otorgara dicho beneficio, o bien, la vigente en la época de la emisión del acuerdo respectivo, si esta última le es más favorable.<sup>380</sup>

Por lo tanto, si ya se dio el motivo —comisión del delito— para que una norma penal —cualquiera que sea su ubicación o naturaleza formal— se tenga en cuenta en cuanto a su aplicación y consecuencias, la norma nueva que punitivamente haga menos benéfica o más gravosa la situación a una persona, a ésta no se le podrá aplicar retroactivamente dicha norma en acato del artículo 14 C. Ejemplo: Las normas de la prescripción de la acción penal inician sus consecuencias —vinculadas a la gravedad de la penalidad— con motivo de la comisión del delito; esto es, a partir de cuando se comete el delito. Por ende, será conforme a Derecho aplicar una norma nueva que haga menos gravosa o más benéfica la regla de prescripción preexistente. Pero será anticonstitucional que se aplique retroactivamente una ley ulterior que amplíe el plazo de prescripción de la acción penal; es decir, con relación a un delito respecto del que, cuando se cometió y según los momentos a

<sup>379</sup> Los corchetes son míos por supuesto.

<sup>380</sup> Contradicción de Tesis 44/2000-P.S. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Cuarto Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. 24 de enero de 2001. 5 cotos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Sra: Ma. Elizabeth Acevedo Gaxiola. Tesis de Jurisprudencia 10/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de 28 de marzo de 2001, por unanimidad de 5 votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventivo V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Mesa y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

partir de los cuales se debe computar el término de prescripción de la acción penal, ésta prescribía en un lapso menor.<sup>381</sup> Más todavía si dicha aplicación se intenta cuando de acuerdo con la ley anterior ya prescribió la acción penal por aquél delito.<sup>382</sup> Contra éste criterio —aunque conforme al Derecho anglosajón— se manifiesta Fletcher. Él estima en esencia que la aplicación retroactiva es permisible en virtud de que los plazos de prescripción de la acción penal son de naturaleza procesal debido al criterio de “perseguibilidad”. Y que, por ello —en su concepto— es inadmisibles que dichos plazos puedan servir de cálculo y motivo a favor de los delincuentes para que busquen la impunidad con base en ellos.<sup>383</sup> Sin embargo, Fletcher deja sin respuesta tres interrogantes. Primera: ¿Sería igual de válido ese criterio cuando quien comete el delito no tiene en cuenta ese cálculo? —Como de ordinario sucede—. Segunda: ¿Será razonable pensar que los delitos se cometan de ordinario con base en el cálculo de que la pena de ese delito se pueda aumentar en el futuro por el legislador, así que más vale cometerlo desde luego? Y tercera: ¿Dónde quedan entonces los principios de ley previa y de irretroactividad perjudicial en materia penal? Porque la verdad es que la ley es la que regula los plazos de prescripción de la acción penal sin establecer aquellas condiciones como motivos de excepción a la operatividad de esas normas. Como igual es verdad que tan el legislador como el aplicador de la ley están sujetos al respeto de las garantías individuales por las que se limita al poder punitivo del Estado. Y por lo que concierne al sutil criterio de la “perseguibilidad”: ¿qué acaso es “perseguido” un delito y con ello se puede sostener la pretensión de punir, cuando es la misma ley la que antes ya declaró que dejaba de perseguirlo o que lo perseguiría en un lapso menor y que, por ende, cesaba antes la pretensión de su persecución por parte del mismo estado? La ubicuidad del criterio de “perseguibilidad” denota su intrínseca naturaleza como un juego sucio que vuelve ilusas las normas sobre prescripción de la acción penal (o de la pretensión punitiva) contra la garantías antes dichas y la de seguridad jurídica en general, a menos que se llegare a demostrar precisamente lo contrario, es decir, que un régimen en el poder hubiese reducido los términos o señalado algunos de tal manera para escapar a los delitos cometidos por los funcionarios de ese régimen, lo cual ya entra en el campo de ciertos delitos en el Derecho Penal Internacional del cual nos ocuparemos más adelante.

Otras normas procesales de índole sustantiva penal son las relativas al arraigo, la detención, la prisión preventiva y la libertad caucional, en cuanto ellas implican una consecuencia materialmente igual que la pena de prisión o la afectación de la libertad personal y, además, en tanto que la aplicación de esas normas depende de la clase de delito, de la clase la pena o de la gravedad de uno o de la otra. Por ejemplo: si cuando se comete el delito éste tiene una penalidad alternativa —con independencia de cuándo se llegue a iniciar el proceso y se dé el motivo para que al inculpado se le someta al mismo— no podrá aplicarse a aquél una norma nueva que imponga la prisión preventiva para delitos como el imputado y el cual antes no daba lugar a esa medida de seguridad afectatoria de la libertad personal. Sucede lo mismo si cuando se comete el delito, las normas relativas al arraigo —sean las que se dan como medida de aseguramiento del inculpado durante la

---

<sup>381</sup> El momento a partir del cual se inicia el cómputo de la prescripción depende de si el delito es instantáneo, permanente o continuado. Con base en los artículos 7° y 102 del CPF, 17 y 108 del CPDF y 165 del CPC.

<sup>382</sup> Piénsese por ejemplo en la nueva previsión del artículo 164 del CPC. La que a partir de septiembre de 1999 estableció la imprescriptibilidad de la acción penal que surja y de las sanciones penales que se impongan con motivo de los delitos de homicidio simple doloso o que se cometa con cualquier modalidad agravante o calificativa; así como de secuestro o secuestro equiparado, consumado o en grado de tentativa.

<sup>383</sup> George P. Fletcher, *Principios Básicos de Derecho Penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1997, pp. 30 y 31.

averiguación previa o bien durante el proceso como consecuencia del auto de sujeción a proceso o de la misma libertad caucional— sean menos severas que las que luego rijan en razón de ciertas clases de delitos o penalidades cuando se da el motivo para aquella afectación, porque serán inaplicables las normas nuevas del arraigo al ser más gravosas y tener naturaleza sustancialmente penal, dado que unas y otras inciden directamente en actos de molestia sobre la libertad personal.

No obstante lo anterior, es posible que se aduzca que si antes de la sucesión de normas aún no se daban los motivos procesales o procedimentales para que las normas anteriores se aplicaran al inculpado, entonces no habría razón para alegar la ultractividad o la retroactividad de las normas. Porque esas normas que rigen esas afectaciones a la libertad personal sólo se pueden aplicar a partir del momento en el que se da el motivo para su aplicación y no desde cuando se cometió el delito. Por ejemplo, a partir de la detención o del auto que dé lugar a la prisión preventiva. Ya que serían esos actos los que motivarían por primera vez la aplicación de las correlativas normas vigentes en ese momento y, por ende, el problema de sucesión temporal de normas solo se podría plantear en el futuro y mientras dure la situación jurídica derivada de la aplicación de la norma vigente al momento en el que se dio el acto que originó esa situación. De lo que se seguiría que tal problema de sucesión no se puede esbozar con relación a las normas que regían antes del acto que motivó la situación procesal y que antes del mismo fueron derogadas y sustituidas por otras nuevas más gravosas. Sin embargo, en todo ese razonamiento hay una falacia escondida: Porque una cosa son los motivos que dan origen a la aplicación de las normas que rigen el arraigo, la detención, la prisión preventiva y la libertad caucional y otra muy distinta es que la aplicación de esas normas sólo dependa de la realización de aquellos motivos. Lo cual no es cierto, porque su aplicación también depende de la gravedad del delito o de la pena o de la clase de ésta última o de la medida afectatoria de la libertad personal con relación al delito que se pretende imputar al inculpado. Y para decidir lo anterior, se tiene que atender precisamente a las normas configurantes del delito y de la penalidad que estaban vigentes cuando el inculpado incurrió en el hecho delictuoso que se le atribuye. O dicho de otro modo, se pasaría por alto que aquellas normas tienen naturaleza sustantiva penal al traducirse en afectaciones a la libertad personal que se rigen según la clase de la pena y la gravedad del delito y que, por ende, solo se pueden justificar a partir de las normas que estaban vigentes al momento de comisión del delito que se atribuya al inculpado.

De aquí que en toda norma de índole sustantiva penal en el sentido antes dicho —y aunque formalmente aparezca como procesal— el momento a partir del cual se puede plantear la sucesión temporal de normas es desde cuando se comete el delito. De tal suerte que se debe atender a la norma más favorable de todas las normas que se sucedan desde cuando se comete el delito hasta cuando se deba decidir su aplicación o mientras duren sus consecuencias de afectación a la libertad personal del inculpado con motivo de la aplicación de las mismas.

Tal es el caso también de la libertad caucional. Porque bien puede ocurrir que después de que se cometa el delito y antes de que se detenga al inculpado sobrevenga una norma nueva que restrinja los supuestos en los que aquella libertad procede y que si al inculpado se le hubiere detenido antes de la norma nueva se le habría concedido aquella. Sin embargo, si luego a éste se le detiene, es válido alegar la aplicación de la norma anterior vigente al momento de comisión del delito imputado, por ser aquella norma de naturaleza sustancialmente penal y más benéfica que la nueva. Y es que para cuando se dio la sucesión de las normas ya

se había dado el motivo del que también depende la aplicación de las normas en sucesión, y el cual no es nada más la situación que dio pie a la aplicación de las normas vigentes al momento de la detención del inculpado y cuando éste pida su libertad caucional, sino, asimismo, las normas vigentes desde el tiempo de comisión del delito, por ser la gravedad o la no gravedad del mismo delito lo que decide la improcedencia o procedencia de la libertad caucional. Es pues correcto vincular al tiempo de comisión del delito la aplicación de las normas formalmente procesales pero sustancialmente penales. Porque el momento en el que se comete el delito no solo da lugar a que se apliquen las normas que rigen al delito y a la pena; así como las causas por las que uno u otra se excluyen, modifican o atenúan; sino, además, para que en función de aquellos extremos sustantivos se puedan aplicar las normas que regulan el arraigo, la detención, la prisión preventiva y la libertad caucional, aunque para ello se requiera de otros actos posteriores. Tal es el criterio que también subyace latente en la tesis siguiente:

**LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. SU NEGATIVA, CONFORME AL CÓDIGO PENAL VIGENTE, IMPLICA RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN PERJUICIO DEL INculpADO SI LA LEY QUE REGÍA EN LA ÉPOCA EN QUE SE COMETIÓ EL DELITO PERMITÍA EL BENEFICIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Si se niega al inculpado el beneficio de la libertad provisional bajo caución, en consideración a que el Código Penal vigente al momento en que es detenido el indiciado señala como grave el delito que se le imputa, no obstante que en la época en que presumiblemente se cometió el ilícito la ley penal permitía el beneficio solicitado, es evidente la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del quejoso y, con ello, la contravención al artículo 14 de la Constitución General de la República.<sup>364</sup>**

Con ello no se confunde el momento en el que se comete el delito —que da lugar a la aplicación de las normas que regulan al mismo delito y a sus penas— con el momento en el que se da la causa que origina la aplicación de las normas que regulan a la libertad caucional. Sino que al ser dichas normas de carácter sustancialmente penal por estar condicionada su aplicación a la gravedad del delito, de la pena o a la clase misma de la pena que la ley penal atribuye al delito e incidir directamente en la libertad personal, es necesario acudir al momento en que se comete el delito imputado para decidir la aplicación de las mismas. De lo que se sigue que es a partir de que se inicia ese lapso que se pueden plantear los problemas de sucesión temporal de esas normas formalmente procesales pero materialmente de índole sustantiva penal.

Menos problemático es que mientras se resuelve la petición de la libertad caucional o después de resuelta esta sobrevenga una ley nueva que amplíe o restrinja la procedencia de la libertad caucional. Y, como antes de la nueva norma ya se dio el motivo para la aplicación de la norma anterior —en tanto no solo el delito se cometió antes, sino que ya se detuvo al inculpado— hay aquí doble motivo para la aplicación de la norma más favorable. También prevalece el principio de norma más benéfica cuando el inculpado esté sujeto a prisión preventiva por un delito que la ley considere grave y se modifique la norma permitiendo al inculpado acceder a dicha libertad, dado que todavía hay motivo —mientras subsista el proceso y la detención en prisión preventiva— para la aplicación de la norma nueva, la cual es de carácter sustancialmente penal.<sup>365</sup>

---

<sup>364</sup> SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: S. J. F. y su Gaceta, Tomo: VII, enero de 1998. Tesis: IV. 2o.16 P. Página: 1124, Materia: Penal. Precedentes: Queja 38/97. Ramón Aguilar Guevara. 10 de septiembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo R. Ríos Vázquez. Secretario: Enrique Morán Piña.

<sup>365</sup> Consideraciones análogas cabría hacer respecto a las normas que dan el contenido conceptual del cuerpo del delito y la responsabilidad penal, pues aún cuando aquellas se hallan en los Códigos de Procedimientos Penales, en realidad instrumentan directamente al delito. Y en tal sentido, si por ejemplo se cambiara el contenido del tipo penal, deberá estarse a la norma más favorable. Diferente es la cuestión de si el principio de la norma más favorable operaría en las normas relativas a la prueba de esas dos categorías procesales, en la medida que el legislador secundario haya cambiado tal contenido conceptual con base en las reformas al artículo 19 C. de 1999. La respuesta debe ser sí. Porque aunque se hablase de sucesión temporal de normas constitucionales, la misma deja intocada a la garantía de irretroactividad de la ley penal que la misma C. consagra en su artículo 14.

Por último, cabe también plantear la retroactividad o irretroactividad de las normas procesales según las normas nuevas aparejen reglas o requisitos más favorables o más severos con los que se condiciona una resolución procesal de fondo —ajena a la sentencia— cuando ella incida directamente en la libertad de la persona, como lo son el auto que ordena la aprehensión, el auto de formal prisión y, en general, todos los autos que decidan un incidente de libertad. Tal es el caso de la flexibilización de la prueba con relación a algunos elementos del tipo penal según lo que ahora se entiende por cuerpo del delito como categoría procesal y la cual se dio en virtud de la reforma de 1999 a los artículos 16 y 19 C, con relación a la reforma de 1993 a esos artículos. Toda vez que si el inculcado cometió el delito dentro del lapso de 1993 a 1999 y durante el cual estuvo vigente una mayor exigencia probatoria a cargo del Ministerio Público con relación a los contenidos de la citada categoría procesal y se le pretenda procesar después de ese tiempo, es válido invocar la extractividad de aquellas normas por ser más benéficas al inculcado que las exigencias de las vigentes y con las cuales se decidirá su aprehensión o formal prisión, situaciones que indudablemente afectan a su libertad personal. Lo mismo sucedería, por ejemplo, respecto al incidente de libertad por desvanecimiento de datos, si acaso la norma anterior admitía su procedencia cuando se desvaneciesen los concernientes a la causa probable de la responsabilidad y la nueva norma restringiese la procedencia de la libertad sólo al desvanecimiento de los que atañesen al cuerpo del delito.

**G. Fijación de postura con relación a cuál norma es aplicable cuando hay sucesión temporal de normas penales y procesales penales.** Todo ello lleva a considerar que para decidir cuál norma es la aplicable cuando hay sucesión temporal de normas: **1) Primero es esencial determinar si se trata de normas sustantivas penales o procesales penales. 2) Sentado lo anterior, lo decisivo será determinar enseguida el momento en el que se da el "motivo" que origina y decide la aplicación de la norma.** Y de lo cual se deriva que aquella distinción no debe implicar un trato diferente a la regla de aplicación de la norma más favorable tratándose de sucesión temporal de normas, sean éstas penales sustantivas o de naturaleza procesal penal. Ya que en realidad aquél criterio básico aplicable a las dos clases de normas deviene de dos garantías que recoge el artículo 14 C.: La de ley vigente al momento del acto y la de irretroactividad perjudicial de «cualquier» ley —y no sólo de las normas penales— en perjuicio de persona alguna. En otras palabras, *cuando esté claro que la norma sea en esencia "penal" porque conlleve «en sí» una medida o una consecuencia igual o substancialmente equivalente a la pena, a la reducción de la misma o de sus consecuencias o a la exclusión o extinción de esa pena, o de lo anterior dependa la aplicación de otra de naturaleza formalmente procesal pero que incide directamente sobre la libertad personal, la naturaleza esencialmente penal de la norma predetermina que la aplicación de todas las normas nuevas con aquél carácter y que sean más favorables se deba retrotraer al momento en el que se comete el delito o en su caso, de ser más gravosas, que se permita la ultra-actividad de la norma vigente al momento del delito, por ser esta más favorable al inculcado.* En tanto que: **1. 1) Por un lado, la comisión del delito da motivo para que se apliquen las normas que regulan al delito y a las penas por ese delito. 1. 2) Y, por el otro, aunque es cierto que la comisión del delito por sí misma no da lugar en la mayoría de los casos para que se apliquen otras normas también penales (aunque formalmente procesales) cuyo empleo depende de un motivo distinto al de la mera comisión del delito, es igualmente verdad que en la aplicación de dichas normas —que aparejan afectación directa a la libertad personal— sí decide la**

*clase de pena y la gravedad del delito cuya comisión se imputa.* Y, además —como se acaba de decir—: **1. 3)** *Esas normas inciden directamente en la libertad personal que es un derecho humano garantizado por la C. De tal suerte que si dichas normas varían, se debe aplicar la más favorable que medie entre el tiempo de comisión del delito y el acto o situación que motiva o dio pie directamente a la aplicación de la norma procesal pero sustancialmente penal.*

Ahora bien, el que las normas sean de naturaleza puramente procesal no implica que con relación a las mismas se deban abandonar las garantías de ley previa —o vigente— al tiempo del acto y de irretroactividad perjudicial de cualquier ley en perjuicio de persona alguna. Pues estas garantías rigen también para las normas procesales. En cuanto que la norma que se debe aplicar es la que ya esté vigente desde el momento en que se da el acto o motivo para la aplicación de aquella. Y esa norma, en principio, regirá hasta cuando se agote la situación que motivó la aplicación de la norma procesal. Pero si dentro de ese lapso hay cambio de norma, se deberá aplicar la más favorable al inculpado. Antes o después de tal lapso carece de sentido preguntarse cuál sería la norma más favorable que se habría de aplicar, en tanto que aún no se da o ya se consumó la situación que motivaría o motivó la previa aplicación de la norma. En conclusión:

a) La clave para decidir a partir de cuándo se debe suscitar la aplicación de una norma radica por un lado en la naturaleza penal o procesal de la norma. a. 1) Por cuanto que en las de carácter sustantivo penal decidirá la norma que sea más favorable entre el tiempo de comisión del delito y hasta cuando se extingan las consecuencias de la pena o —dándose el acto que motiva la aplicación de la norma procesal que sea sustancialmente penal— hasta cuando concluyan los efectos de la aplicación de tal norma. a. 2) Pero en las segundas, esto es, en las de mero carácter procesal, decidirá la más favorable desde el momento en el que se dé el motivo o acto que origina la aplicación de la norma procesal penal hasta la consumación de la situación procesal o de las consecuencias jurídico-materiales que se deriven de la aplicación de tales normas procesales.

Es durante tales lapsos cuando puede plantearse la aplicación de la norma más favorable si acaso durante el mismo se da sucesión de leyes. Porque siempre será posible durante ese tiempo plantear la aplicación de la norma más favorable de las que se den en sucesión. Esto es, durante el tiempo que medie entre cuando se da el motivo para la aplicación de la norma vigente —al momento del motivo o acto— y las que hayan regido hasta la consumación de las consecuencias jurídicas derivadas de aquellos actos o motivos. Mas no antes del motivo o acto que dé origen a que se aplique la norma, ni después de que la norma ya se aplicó y, en su caso, se consumen las consecuencias jurídicas del acto que originó su aplicación. Sin que se olvide que *en las normas formalmente procesales pero sustancialmente penales, el punto de partida para tal motivo es el tiempo en el cual se cometió el delito, dado que de ese delito y/o de su penalidad también depende la aplicación de esa clase de normas.*

**H. Las garantías de ley penal vigente e irretroactividad perjudicial de cualquier ley en materia de extradición internacional.** Por cuanto a la “*tesis del doble derecho*” para resolver la extradición internacional, coincido con la postura de Zaffaroni en la disparidad del tratamiento que implica aquella propuesta. Esto es, el sostener la irretroactividad perjudicial de la ley penal nacional y negarla cuando se atiende a la extradición en acato de la ley extranjera. Con lo cual esa tesis violaría en México la garantía de igualdad del artículo 1° C.

Asimismo, es falso que el Derecho Internacional no reconozca el principio de ley previa, para de ahí sostener la procedencia de la extradición por un delito cuya acción o sanción penal ya prescribió en el país donde se cometió el delito. Porque 1) desde el punto de vista del mismo Derecho Internacional, está la vigente Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Su artículo 28 dispone la “irretroactividad” de

los tratados. Y, además, **2)** el artículo 46 señala que "el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse en un tratado, haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por Estado como vicio del consentimiento, *a menos que dicha violación sea manifiesta y afecte a una norma fundamental para su Derecho interno.*" La violación manifiesta que invalida a la propia norma internacional debe afectar pues a una "norma fundamental del Derecho interno". Y las "normas fundamentales" no pueden ser otras que las que se contienen en la Constitución de los países que convienen. Dentro de las cuales se halla la exigencia de que los delitos y sus penas deben estar previstos en ley previa; así como también está la prohibición constitucional de la aplicación retroactiva perjudicial de la ley. De ello se sigue que la eficacia del mismo Derecho Internacional escrito en gran medida se subordina a su ajuste con la Constitución de los países pactantes. Lo cual se vuelve a confirmar en la Convención de Viena sobre los tratados de 1985.<sup>386</sup> Igualmente, **3)** en materia de extradición internacional está la tesis de la "doble incriminación" como derivación del principio de reciprocidad internacional. Misma que es una norma interna e internacional tan de carácter consuetudinario como escrito. Por la cual el hecho delictivo por el que se requiera la extradición debe ser delito tan en el Estado requerido como en el requirente. La cual se consigna en la mayor parte de los tratados de extradición. Y que no es más que la consecuencia de reconocer la exigencia de que toda norma penal esté consignada en *ley previa* y, además, de que en el caso de extradición la persona se encuentra dentro del Estado requerido. Y a la cual le son aplicables las normas jurídicas de ese Estado. Tal como lo declaró la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 20 de noviembre de 1950, al deslindar los campos del asilo territorial diplomático y el de la extradición.<sup>387</sup> De tal manera que la extradición será improcedente cuando conforme al Derecho interno del país requerido o del país donde se cometió el delito, ya prescribió la acción penal con relación al delito por el cual aquella se requiere.

Con independencia de lo anterior, si en un tratado se acuerda la creación de delitos o la imprescriptibilidad de los mismos, ello es insuficiente para que se apliquen por sí mismas las normas del tratado dentro del Estado Mexicano. Porque **1)** de acuerdo con el artículo 14 C. la única fuente posible de las normas penales es la ley. Y el tratado no es formalmente una ley, por más que sus normas sean de mayor jerarquía que las leyes mismas según tesis de la SCJN. En tal orden de ideas, si será posible que las normas penales que se llegaren a contener en un tratado luego se incorporen en la misma ley. Pero en tal evento será la ley y no el tratado la fuente de las normas penales ya incorporadas a aquella. Y será a partir del momento en que la ley penal inicia su vigencia—y no antes— cuando podrán plantearse problemas de sucesión temporal de normas penales que se den en el futuro y en los cuales de todas suertes rigen los principios de aplicar la norma más favorable y de irretroactividad de la ley en perjuicio de las personas. **2)** Todo ello es también claro en el Derecho Interno Mexicano conforme a los artículos 15 y 133 C. Así como de acuerdo con el artículo 2° de la Ley sobre la

---

<sup>386</sup> Dicha Convención no está todavía vigente, pero sí lo está la de 1969. México es parte en ambas. Y ambos tratados están aprobados por el Senado y ratificados por el Presidente de la República. La *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969* se publicó el 14 de febrero de 1975 en el *Diario Oficial de la Federación* e inició su vigencia internacional el 27 de enero de 1980. La segunda *Convención de Viena sobre los tratados de 1985* se publicó el 28 de abril de 1988 en el *Diario Oficial de la Federación* y aún no tiene vigencia internacional.

<sup>387</sup> Resolución citada por Alfonso Gómez-Rebolledo Verduzco, *Extradición en derecho internacional, aspectos y tendencias relevantes*, segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, p. 15.

celebración de los Tratados.<sup>388</sup> Y, además, según el artículo 5° de la Ley de Extradición Internacional. La primera disposición constitucional *prohíbe "la celebración de tratados o convenios por los que se alteren las garantías y derechos establecidos por la Constitución para el hombre y el ciudadano"*. La segunda norma fundamental —lo mismo que el primer artículo citado— también sujetan la validez de los tratados a su arreglo a la Constitución. Y en tal sentido, **3)** la misma SCJN también ha sostenido que la extradición no excluye al extraditado de disfrutar las garantías individuales que consagra la C, como se ve en la tesis siguiente:

**EXTRADICIÓN. NO EXCLUYE AL EXTRADITADO DE DISFRUTAR DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** Al establecer el artículo 1o., párrafo primero, de la Ley Fundamental, que todo individuo gozará de las garantías individuales que en ella se consagran, no hace distinción alguna respecto de quiénes serán los titulares, destinatarios o sujetos beneficiados con dichas garantías, y ni siquiera distingue si se trata de un indiciado, procesado o condenado por un delito. En consecuencia, cualquier persona requerida en extradición gozará de tales derechos humanos contenidos en la Carta Magna.<sup>389</sup>

Y es el caso que la C. consagra como garantía tan la exigencia de ley previa; como igual prohíbe la irretroactividad perjudicial de la ley para toda persona que se halle en su territorio —con independencia de su nacionalidad—. (Artículos 1° y 14 C.) Por su parte, el artículo 5° de la Ley de Extradición Internacional prevé que sólo darán lugar a la extradición los delitos dolosos o culposos definidos en la ley penal mexicana. De lo que se sigue que no procederá la extradición si la acción u omisión sancionadas por la ley penal ya no pueden producirle una consecuencia penal a la persona cuando por virtud de la misma ley penal ya haya operado a favor de aquella la prescripción de la acción o pretensión penal. Por último, **4)** el principio «pro homine» — como derivación del estado de derecho— ya se concede también por el mismo Derecho Internacional. Y no podía ser de otro modo. Porque aunque los sujetos del Derecho Internacional sean los Estados y los organismos internacionales, éstos no pueden desconocer su razón y destino, como lo son las personas y la gente que los conforman. Y por ende, la sujeción de las pretensiones punitivas de los Estados a los derechos de las personas que se derivan de un estado de derecho y de las garantías que les den las leyes. De todo ello se obtiene que la aplicación de los pactos internacionales que aparejen consecuencias sustancialmente penales a las personas no pueda sustraerse del régimen de garantías que las mismas cartas fundamentales consagren para aquellas. Entre ellas, las de los principios de ley previa, de irretroactividad perjudicial de la ley penal (artículo 14 C.) y de igualdad (artículo 1° C.) Más aún, cuando los afanes del mismo Derecho Internacional tienden a favorecer a los ideales del estado de derecho. Y más todavía cuando las Constituciones no consignan casos de excepción en su régimen de garantías en satisfacción del mismo principio «pro homine», como pudiere ser el caso de los delitos contra la humanidad (genocidio) y los crímenes de guerra para que a los inculpados se les juzgue y sancione por tribunales internacionales. (Y que la carta fundamental todavía no autoriza.)<sup>390</sup>

<sup>388</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992. Inició su vigencia el 3 de enero de ese año.

<sup>389</sup> *Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIV, Octubre de 2001 Tesis: P. XX/2001 Página: 23* Materia: Constitucional, Penal. Tesis aislada. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número XX/2001, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno. Nota. Esta tesis no constituye jurisprudencia pues no trata el tema de la contradicción que se resolvió.

<sup>390</sup> México es parte del *Estatuto Internacional que crea la Corte Penal Internacional* adoptado en Roma, Italia, el 17 de julio de 1988. La firma de México se dio el 7 de septiembre de 2000. Dicho tratado aún no se aprueba por el Senado —de acuerdo con los artículos 76 y 133 C—. Menos aún se le ha ratificado por el Presidente de la República.

En el contexto anterior, también deviene insostenible la postura que aparentemente habría deslizado la Cancillería Mexicana en el caso Cavallo.<sup>391</sup> Aquella habría argumentado que cuando se trate de una solicitud de extradición por un delito de tortura, son inoperantes para impedir la extradición las reglas de prescripción de la acción penal que respecto de ese delito regula la ley penal en el Derecho Interno Mexicano. Y para sostener esta postura la Cancillería habría invocado las tesis de la SCJN en el sentido de que los tratados internacionales deben prevalecer sobre el Derecho nacional.<sup>392</sup> Sin embargo —además de todo lo que ya se razonó— **1)** se pasaría por alto que el criterio de la SCJN precisa —tal como lo preceptúan los artículos 15 y 133 C.— que los tratados también se deben arreglar a la Constitución y a las garantías que la misma establece. De lo cual se sigue que su aplicación también se debe ajustar a la carta fundamental. De aquí que si el artículo 14 C. dispone la irretroactividad perjudicial de la ley y que los delitos y las penas se han de prever en una ley. Reservando así a la ley como fuente única de los delitos y de las penas. Por ende, en el mismo sentido se le reservan a la ley penal las causas por las que las sanciones se extinguen. Reserva a favor de la ley que, por tanto, excluye a los tratados como fuente de normas penales contrarias a la misma ley. Pero, además, **2)** el Tratado de Extradición entre México y España y su Segundo Protocolo por el que se modifica ese tratado,<sup>393</sup> no excluyen la prescripción de la acción penal que regula la ley para decidir la procedencia de la extradición que se requiera. En pocas palabras:

Conforme a la garantía de legalidad de los delitos y las penas que prevé el artículo 14 C en correlación con lo previsto por los artículos 15 y 133 C, en México no cabe aplicar un tratado de extradición a una persona en detrimento de lo que en su beneficio prevea la misma ley penal o la C. aunque se trate de leyes extranjeras. Garantía de seguridad jurídica que la carta fundamental establece para todas las personas y no en favor del Estado ni aunque fuere para cumplir compromisos entre Estados. Más aún cuando ello se funda en las mismas normas del Derecho Internacional.

Asimismo, son inconvincentes los argumentos que vertió el juez español Baltasar Garzón respecto al caso Cavallo. Aquél arguyó —en esencia— que al ser la tortura un delito contra la humanidad —si es que trata de un hecho cometido sistemáticamente como política de un Estado para reprimir a los ciudadanos indefensos— aquél participa de la naturaleza de un derecho consuetudinario internacional necesario, que impide que pueda prescribir el hecho y el que en todo caso debe perseguirse. Para ello invocó la Declaración de Nueva York contra la tortura de 1975 y la Convención contra la tortura de 1984. Al igual que el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1988. Más todavía —arguyó— cuando ello obedece a cumplir con uno de los postulados del estado de derecho, el combate a la impunidad.<sup>394</sup> Pero el ilustre jurista ibérico también habría pasado por alto ciertos detalles: **1)** Que de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre no prima sobre los tratados. **2)** Que la cláusula de “doble incriminación” es práctica internacional reiterada y consignada en los tratados de extradición. **3)** Que las mencionadas convenciones contra la tortura —por ejemplo: los artículos 6 a 9 de la última Convención contra la tortura de 1984— condicionan la extradición que ellas prevén a los tratados de extradición entre los Estados; y en los cuales, precisamente, se

<sup>391</sup> Según las declaraciones del Secretario de Relaciones Exteriores, publicadas en la Sección Nacional, p. 8A del periódico *Palabra*, Saltillo, Coahuila, México, el 25 de agosto de 2001.

<sup>392</sup> Ver el texto de la tesis de la SCJN en el CAPÍTULO CUARTO, número IV, apartado B, inciso 1.)

<sup>393</sup> Dicho *Segundo Protocolo* se aprobó por el senado el 14 de noviembre de 2000, según el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 2001. Inició su vigencia internacional el 1° de enero de 2001.

<sup>394</sup> Publicados en el periódico *Palabra*, p. 10A de la Sección: Nacional, de 16 de septiembre de 2001, Saltillo, Coahuila, México.

incluye la cláusula de la "doble incriminación". 4) Que esa cláusula de "doble incriminación" existe en el Tratado de Extradición entre México y España y su Segundo Protocolo de diciembre de 2000. 5) Que el Estatuto de la Corte Penal Internacional aún no tiene vigencia internacional con relación al Estado Mexicano. 6) Que el mismo Estatuto reconoce el principio de irretroactividad perjudicial y la regla de aplicación de la norma más favorable. (Artículos 11 y 22 a 27 del Estatuto.) 7) Que en un estado de derecho todo combate a la impunidad debe tener como base y límite el respeto a las garantías que consignan la C. y las leyes en favor de las personas. Si se desatiende esto, la lucha deja de ser legítima y se convierte en autoritaria.

— II —

**El ámbito espacial de aplicación de la ley penal  
según el lugar de comisión del delito u otras circunstancias**

El principio de «no hay delito ni pena sin ley» conlleva no solo que la ley penal que funde la punición ya debe estar en «vigor» al momento de la conducta y mientras perdure la pretensión de punir —ámbito «temporal» de validez de la ley penal—; sino, además, que el delito se cometa en un lugar en el cual la ley rija —ámbito «espacial» de la ley penal— o en su defecto, por una circunstancia que dé lugar a que se aplique la ley penal del Estado.

Me ocuparé primero de la aplicación de la ley penal vinculada al territorio donde ella rige y se comete el delito. En efecto, sabido es que toda norma jurídica tiene «vigencia» en el espacio geográfico del Estado que la dicta. De aquí que todos aquellos delitos que se cometan en el territorio de un Estado se deban juzgar y sancionar por los tribunales competentes de ese Estado y conforme a las leyes vigentes en él. En los extremos anteriores, el ámbito «espacial» de validez de la ley penal se delimita en los artículos 7° y 11 del CPDF, los cuales acogen al «principio de territorialidad de la ley penal», que opera tal como se expresa en esos numerales: para aplicar el código penal "...en el Distrito Federal por los delitos que se cometan en su territorio". Lo mismo sucede con el artículo 1° del CPC que dispone que: "el código se aplicará...por los delitos que regula, que se cometan en el estado". Por su parte, el carácter de mera legalidad de la garantía se acentúa en el artículo 1° del CPF al disponer que: "Este código se «aplicará» en toda la república para los delitos del orden federal"; lo que se relaciona con el artículo 6 del CFPP que establece como principio general que: "Es tribunal competente para conocer de un delito, el del lugar en que se comete, (...)". Sin embargo, con independencia de que ese principio se dirige a los jueces, lo que importa es apuntar que el CPF<sup>365</sup> omite precisar «dónde» se comete un delito. Es decir, no da una regla que decida «cuál» es el lugar donde un delito se "comete". Cuestión que no deja de tener importancia, pues si la competencia de un juez se determina porque el delito se «comete» dentro del territorio donde tal juez tenga competencia, entonces la ley penal sólo podrá ser aplicable por el juez cuando el hecho se «cometa» en su ámbito territorial de competencia. Tratándose de las entidades federativas y el Distrito Federal la regla general constitucional —con base en el artículo 20-A-VII de la C.— vendría a ser que los jueces sólo podrán aplicar la ley penal de sus Estados o del Distrito Federal si el delito se cometió dentro de ellos y en el ámbito territorial de competencia del juez. Aunque cabe señalar que respecto al CFPP —contra lo que indica el texto de la C. de manera expresa y lo que es admisible en un estado de derecho— la SCJN se ha desentendido de aquél derecho de vecindad con el criterio restrictivo de que dicha

<sup>365</sup> Código Federal de Procedimientos Penales.

garantía sólo opera para el jurado popular según —interpretó la SCJN— las deliberaciones del constituyente de 1917.<sup>266</sup> De todos modos, la regla general en el orden federal sigue siendo la del artículo 6 del CFPP y sólo por excepción —la que se da con importantes restricciones que ha fijado la misma SCJN<sup>267</sup>— es posible que de acuerdo con el artículo 10 del CFPP conozca un juez distinto al del lugar donde se cometió el delito. Por lo que para aplicar aquella regla general de competencia del juez del lugar donde se comete el delito y ante aquella deficiencia del CPF de precisar dónde se comete el delito, no cabe sino acudir al criterio literal: en cuanto la voz “comete” del artículo 6 del CFPP se refiere a la realización de un conducta por la que se realiza la infracción; por ende, el lugar donde se debería estimar cometido el delito para los efectos del CPF es donde se realizó la conducta típica con independencia del lugar donde se dé el resultado o de donde se den sus demás elementos típicos. Sin embargo, en una interpretación contextual también cabría aducir que el delito realmente se comete hasta que se den todos sus elementos constitutivos, de tal guisa que tratándose de delitos de resultado sería donde el resultado se produzca si acaso ese resultado lo exige la figura típica del delito en cuestión, mismo que puede acaecer en un lugar diferente del lugar donde se realizó la conducta. Alguien lesiona a otro en Toluca, quién muere en la ciudad de México. ¿Dónde se cometió el homicidio? La laguna de que se habla en el CPF genera inseguridad jurídica por la ausencia de un criterio que precise «dónde» se comete un delito. Lo que todavía adquiere mayor importancia si se tiene presente que depende de ello el que se respete la distribución constitucional de competencias para aplicar la ley, así como también la garantía de ser juzgado por un juez de «donde se cometió» el delito según lo preceptúa el artículo 20-A-VII de la C. o al menos el artículo 6 del CFPP. Estas precisiones son importantes no nada más para delimitar en casos normales del orden federal, la competencia territorial entre los diversos jueces de distrito, sino también en casos límite para determinar si el delito se cometió dentro o fuera de territorio nacional, pues en el primer evento será competente el juez del distrito donde se cometió el delito y no el juez federal de cualquier otro

<sup>266</sup> La tesis es la siguiente: **COMPETENCIA PENAL. LA GARANTÍA QUE OTORGA A LOS INCUPLADOS EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VI, CONSTITUCIONAL, NO SE TRANSGREDE POR LOS NUMERALES 6o., PÁRRAFO PRIMERO, Y 10, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE PERMITEN CONOCER DE UN DELITO A UN JUEZ DE DISTRITO DISTINTO AL DEL LUGAR EN QUE AQUÉL SE COMETIÓ.** Si bien el citado precepto constitucional garantiza a los inculcados que se les juzgue en audiencia pública por un Juez, o bien por un jurado popular integrado por vecinos residentes en el lugar o en el partido en el que se cometiere el delito, de ello no se sigue que el procesado ineludiblemente deba ser juzgado por el Juez del lugar en el cual se cometió el ilícito que se le imputa, pues la interpretación histórica de aquella norma constitucional, conforme a los trabajos deliberativos del Constituyente de 1916-1917, conduce a considerar que el requisito de vecindad es exigible únicamente para quienes integren el jurado popular, por entenderse que ellos conocen al acusado, el medio, costumbres y antecedentes, así como las circunstancias fundamentales que les servirán de base para normar su criterio. Por tanto, el requisito de vecindad no es exigible a los Jueces penales, dedicados ordinariamente a la impartición de justicia, lo que no sucede con el jurado indicado, cuyos integrantes sólo eventualmente realizan dicha tarea. Además, cabe resaltar que el cambio de Juez del lugar sólo se da entre los de igual jurisdicción, fuero y categoría, por motivos que se consideran justificados, como son la seguridad en la prisión y las características personales del inculcado; por lo que no se viola la garantía constitucional especificada. (Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo: XVI, Julio de 2002 Tesis: P. XXX/2002 Página: 5 Materia: Constitucional, Penal Tesis aislada. Amparo en revisión 173/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías. Amparo en revisión 444/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Martha Yolanda García Verdúzco. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy veinticinco de junio en curso, aprobó, con el número XXX/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de junio de dos mil dos. PRECEDENTES: Amparo en revisión 173/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías. Amparo en revisión 444/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Martha Yolanda García Verdúzco. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy veinticinco de junio en curso, aprobó, con el número XXX/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de junio de dos mil dos.)

<sup>267</sup> **COMPETENCIA TERRITORIAL POR EXCEPCIÓN. EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL ESTÁ OBLIGADO A SATISFACER LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.** Si el tercer párrafo del artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales establece determinados requisitos para que surta la competencia territorial por excepción ante un determinado Juez, y el agente del Ministerio Público Federal consigna la averiguación a uno diferente al del lugar en que se cometieron los hechos delictivos, está obligado a satisfacer tales requisitos. De no ser así, debe estarse incompetente la autoridad judicial ante quien consignó y rehusó seguir conociendo de la causa penal de que se trata y, en consecuencia, remitir los autos del juicio al del lugar en que se cometieron los hechos, pues, de aceptar lo contrario, bastaría la apreciación subjetiva del representante social para determinar el lugar de radicación de las causas penales, contrariando las reglas de competencia que establece el ordenamiento legal antes mencionado. (Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo: VII, Marzo de 1998 Tesis: 1a. XH/98 Página: 249 Materia: Penal Competencia 546/97. Suscitada entre el Juez Décimo Primero de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal y el Juez Sexto de Distrito, con residencia en Tijuana, Baja California. 25 de febrero de 1998. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jesús E. Flores González.)

distrito. Como igualmente sirve para delimitar la competencia constitucional entre los jueces del Distrito federal y de las entidades federativas o entre jueces de varias entidades federativas —o incluso de la misma entidad federativa— para aplicar sus respectivas leyes penales según el delito se haya cometido en el territorio donde aquellos jueces tienen competencia.

Por su parte, el artículo 1° del nuevo CPC sí delimita «dónde» se considera que el delito se “comete”. Así, en el segundo párrafo dispone: *“Según se prevenga en la figura típica penal, el delito se comete donde se ejecuta la conducta y, en su caso, donde se produce o se pudo producir el resultado”*. Interesa pues destacar que, para la legislación penal coahuilense, la “conducta” y el “resultado” que incumben para determinar «dónde» se «comete» el delito son los que se prevean en la figura típica penal. Pues así se especifica con la expresión: *“según se prevenga en la figura típica penal”*. Es decir, interesará el lugar de la conducta del autor o coautor mediato, material o directo y, en su caso, el lugar donde se dé el resultado material que la «figura típica» describa o implique de manera necesaria. Por lo tanto, serán irrelevantes para tal efecto, los lugares donde se realicen otras formas de intervención típica diversas a la del autor o coautor mediato, material o directo que son las formas de intervención que las figuras típicas prevén o admiten con relación a las conductas en ellas descritas; como igual será intrascendente donde se den resultados distintos a los que describan o impliquen esas figuras típicas. Ello viene a cuentas, porque para tal efecto no importará «donde» se resienta el *daño jurídico* por el titular ni menos el domicilio de éste, sino sólo donde se dé el *resultado material o externo* que describa o implique la figura típica. Lo que interesa, pues, para determinar el lugar de comisión delictiva en aquellos delitos que sean de resultado, además del *lugar de la conducta*, será «donde» se dé el resultado que *“la figura típica describa o implique”*. En la ejecutoria siguiente del TSJC vemos un ejemplo:

**COMPETENCIA POR TERRITORIO. FRAUDE: LUGAR DE COMISIÓN Y DETERMINACIÓN DE JUEZ COMPETENTE POR TERRITORIO.** Como en todo delito de resultado el fraude requiere para su integración típica conceptual, de un nexo de causalidad entre la conducta engañosa y la obtención de la cosa o del lucro, como consecuencia del engaño. De tal suerte que la conducta falaz constituye un punto de inicio en el proceso ejecutivo, que culmina luego con la obtención de la cosa o del lucro con lo cual se materializa el daño patrimonial al titular del bien. Lo cual es útil, además, para decidir la aplicación de la ley penal en el espacio. Pues el fraude se comete tanto en el lugar donde se realiza el engaño, como donde se obtiene la cosa o el lucro. Lo que es a la vez determinante para delimitar los criterios de competencia territorial de los jueces. En tal orden de ideas, será juez competente el del lugar en el que se realiza el engaño, o el de aquél lugar en el que el activo obtiene la cosa o lucro; según el que conozca primero. Resultando así intrascendente para tales efectos, el domicilio del ofendido o el lugar donde éste resintió el daño patrimonial si acaso es distinto de aquél donde se entregó la cosa u obtuvo el lucro, para determinar qué juez es competente.<sup>306</sup>

Conforme a lo anterior, si el tipo penal del delito es de “simple conducta”; es decir, cuando en la figura típica penal del delito se contemple sólo una conducta, sin que se aluda a un resultado, el único criterio rector para decidir el «lugar» de “comisión” del delito y, por tanto, si se aplica o no se aplica la ley penal del Estado, será el de «donde» se realizó la “conducta”. Mas si el tipo penal del delito es de “resultado” —en el que la figura típica del delito contemple o implique a un “resultado”— en Coahuila serán dos los criterios rectores que *indistintamente* operarán para decidir el «lugar» de “comisión” del delito. Y, por tanto, si se aplica o no se aplica la ley penal estatal. Pues se estimará que el delito se comete en el Estado tan si dentro de él se lleva a cabo la “conducta”, como si dentro del mismo se produce el “resultado”. Por ejemplo: a una persona se le hiere fuera del Estado pero fallece dentro de éste o viceversa. El sujeto activo pone una bomba dentro del estado como

<sup>306</sup> TSJC. , T. P. 74/90, sentencia 142/90, 27 de junio de 1990, Cuarta Sala Unitaria. Antonio Berchelmann Arizpe y Eirén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, Tomo I, pp. 180 y 181.

acto idóneo para ejecutar un homicidio, pero la misma estalla fuera de aquél hiriendo a la víctima. Con lo anterior se adopta la «teoría de la ubicuidad»<sup>399</sup>. Pues el delito se estima cometido tan «donde» la conducta típica se verifica como «donde» se produce o se pudo producir el resultado que prevea o implique de manera necesaria la figura típica. Además, con la expresión “se pudo producir” se comprende a los delitos en grado de tentativa. Pues si el delito se queda en la fase de ejecución, es decir, si por causa ajena a la voluntad del agente la conducta no se completa o no se produce el resultado, el delito se estimará cometido donde se inició la ejecución de la conducta (tentativa inacabada.) Y si acaso aquella ejecución se completó, también será determinante para fijar el lugar de comisión delictiva, *dónde se pudo producir* el resultado que dejó de darse por causa ajena al autor (tentativa acabada.)

Por su parte, la solución que da el nuevo CPDF a primera impresión parecería que es diferente a la del CPC. En efecto, mientras que en el CPC se adopta el criterio de la “ubicuidad” para decidir el lugar de comisión del delito, pues el mismo se estimará cometido tan el lugar en el que se realizó la conducta como donde se produce el resultado (artículo 1º-párrafo-segundo), el artículo 11 del CPDF dispone que: *“El... lugar de realización del delito... [es aquél] en que se concretan los elementos de su descripción legal”*. Una primera lectura de esa previsión indicaría que en los delitos de resultado sólo importaría el lugar donde aquél se dé, porque a partir de ahí es donde se podría sostener que ya se concretaron los elementos de la descripción legal del delito. De tal suerte que para ese efecto no interesaría donde se haya realizado la conducta. Si alguien es lesionado en el Estado de México y es llevado al Distrito Federal para su curación, sería todavía inaplicable el tipo penal de homicidio que prevé el CPDF y sólo podría serlo si acaso la persona muere en el Distrito Federal. Mas si alguien es lesionado en la ciudad de México y muere en Toluca, tampoco sería aplicable el tipo penal de homicidio del CPDF porque donde se vendrían a concretar los elementos de la descripción legal sería en el Estado de México. Igualmente, conforme a aquella primera interpretación, si alguien engaña a otro en el Distrito Federal, quien presa del engaño entrega la cosa en Querétaro, sería inaplicable el CPDF porque los elementos de la descripción legal del fraude se vendrían a concretar fuera del Distrito Federal. Frente a esta exégesis del artículo 11 del CPDF se halla la del otro extremo, de que con base en ese artículo 11 el CPDF, el delito se cometerá en el Distrito Federal si cualquier elemento de la descripción legal del delito de que se trate se da dentro del Distrito Federal. Ya que dicho artículo se refiere tan sólo a que: *“El... lugar de realización del delito... [es aquél] en que se concretan los elementos de su descripción legal”*. Por lo tanto, *la previsión no se refiere a que “todos” los elementos de su descripción se den el mismo lugar, ni a que sólo importe donde se viniese a dar el último elemento de la descripción legal si fuere el caso; sino simplemente a que el delito se estima cometido en el lugar “en que concretan los elementos de la descripción legal”*; por lo que es posible que la concreción de los elementos de la descripción legal se dé en distintos sitios, como sucedería en un fraude donde el engaño se dé dentro del Distrito Federal, pero la obtención del lucro o de la cosa se dé fuera del mismo Distrito Federal irrogándose también por tal motivo el daño patrimonial fuera del mismo Distrito Federal, donde de todas suertes sería aplicable el CPDF, porque uno de los elementos de la descripción legal se concretó dentro del Distrito Federal. *La redacción de la norma en examen no excluye pues, sino que por el*

---

<sup>399</sup> Entre otros, en México hace alusión a esa teoría Gustavo Meo Carnecho, en *Derecho Penal Mexicano*, segunda edición, Editorial Porrúa S. A., México, 2000, p. 208.

contrario permite que pueda haber varios lugares donde se pueda estimar cometido el delito, según en ellos se concrete cualquiera de los elementos de la figura típica. De lo cual se sigue que la postura del artículo 11 del CPDF es igual en su esencia a la del artículo 1° del CPC, en cuanto ambos códigos asumen la tesis de la ubicuidad para decidir el lugar de comisión del delito. Sin que en tal aspecto tenga relevancia el lugar donde se halle el titular del bien o el domicilio del mismo tratándose de personas morales, porque el lugar de comisión del delito no se decide por esos baremos, sino por donde se dé el daño jurídico como uno de los elementos de la descripción legal, con independencia del domicilio del titular o de donde el mismo se encuentre.

El artículo 3° del CPF también prevé que el código se aplicará no solo cuando ciertos delitos se cometan en el extranjero, sino cuando un delito cometido en México se “inicie o prepare” en el extranjero. Es claro que en estos casos toma toda su fuerza el principio de territorialidad, en tanto el delito se comete en México, ya sea que en nuestro país ese delito se consume o quede en grado de tentativa. Por ese motivo y de acuerdo con la garantía de la fracción VI del artículo 20-A C, deberá conocer de ese delito el juez de Distrito del lugar donde aquél se cometió, toda vez que de acuerdo con el artículo 50-I-b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, se estará ante un delito federal. Como igual acontece con los delitos “continuos” —permanentes— y continuados cometidos en el extranjero y que se sigan cometiendo en México previstos el artículo 3° del CPF. O tratándose de delitos del orden común, cuando aquellos delitos permanentes o continuados se sigan cometiendo en el Distrito Federal o en el Estado de Coahuila respecto a la aplicación de sus respectivos códigos penales por los jueces comunes de esas entidades. (Artículos 8-II del CPDF y 2° del CPC.)

Sin embargo, los límites del «principio de territorialidad ordinaria» favorecerían la impunidad de quienes cometieren el delito fuera del Estado y luego agotaran la afectación a los bienes jurídicos dentro del territorio estadual. De aquí que en los artículos 2° del CPF, 8-I del CPDF y 2° del CPC, se estatuya el *principio de extraterritorialidad* como complemento del *principio de territorialidad ordinaria*. Los casos que la doctrina conoce como derivados del principio de extra-territorialidad<sup>400</sup>, los recoge el artículo 2° del CPC, pues también resultan sancionables en Coahuila: “los delitos que se cometan fuera de su territorio, si dentro de éste y de acuerdo con el fin del autor o partícipe se agota la lesión al bien jurídico o se realizan actos para ello”. A tal efecto cabe recordar que en la doctrina se distinguen varias fases en el “iter criminis”: 1) La ideación y la concepción. 2) La resolución. 3) Los medios preparatorios. 4) La ejecución. 5) La consumación. Y, 6) el agotamiento. De ordinario tienen relevancia penal sólo las fases de “ejecución” —delito en grado de tentativa— y de “consumación” —delito consumado—. Sin embargo, la fase del “agotamiento” del delito —que Carrara denominó delito «perfecto»<sup>401</sup> adquiere en este caso interés jurídico penal. En cuanto la fase de “agotamiento” del delito se entiende como la consecución posterior a la consumación, de los fines del autor o partícipes con relación al bien jurídico lesionado. En tanto tal fase se toma en cuenta para decidir la aplicación de la ley penal

---

<sup>400</sup> Entre otros autores, se refieren al principio de territorialidad, José Ángel Coniceros y Luis Garrido, *La Ley Penal Mexicana*, Ediciones Botas, México, 1936, pp. 30 y ss.; Miguel Ángel Cortés Ibarra, *Derecho Penal Mexicano*, Librería de Porrúa Hnos. y CIA, S. A., México 1971, pp. 69 y ss.; Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *Código Penal Anotado*, Editorial Porrúa, México, 1972, pp. 17 y 18; Enrique Cardona Arizmendi y Guahutemec Ojeda Rodríguez, *Nuevo Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato*, Primera Edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1978, pp. 69 y ss.; Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López, *Código Penal de Michoacán Comentado, (Parte General)*, segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1976, p. 8; René González De la Vega, *Comentarios al Código Penal*, Primera edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1975, p. 4; Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, pp. 202 y ss.

<sup>401</sup> Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, Vol. I, traducción de José J. Ortega Torres y José Guerrero, de las ediciones italianas 5 y 6 de Lucca, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1956, pp. 238 y ss.

a los delitos que se cometen fuera del estado; pero que se “agotan” dentro de él. Por ejemplo, cuando en el Estado un cómplice vende un carro o sus partes y que robó fuera de él con tal fin; o cuando el autor o partícipe logran en el Estado la satisfacción económica con el desdoro del patrimonio ajeno, en virtud del dinero que ahí reciben del pasivo por una orden de pago con motivo del fraude equiparado que ya cometieron en su contra fuera de la entidad, al entregarle cosa distinta a la ofrecida (y de la cual el ofendido aún no se percató).

Ahora bien, este principio también se recoge por el artículo 2° del CPF cuando preceptúa que el código se aplicará, asimismo, *“por los delitos que se (...) cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan «efectos» en el territorio de la República”*. E igual lo contiene la fracción I del artículo 8 del CPDF, al disponer que el código se aplique por los delitos (...) *cometidos en una entidad federativa cuando produzcan sus «efectos» dentro del Distrito Federal*. Lo anterior es como se indica, porque si se interpreta la palabra “efectos” en su contexto jurídico racional —y no como cualquier efecto que el delito llegue a producir— esos “efectos” deben ser los que guarden íntima conexión con los fines del autor o partícipes y el bien jurídico que se lesiona. Aunque de nueva cuenta sería deseable que fueran los propios CPF y CPDF los que precisaran el alcance de la expresión «efectos», para así garantizar mejor la seguridad jurídica a través del principio de ley “cierta” que favorezca la exacta aplicación de la ley penal y se eviten criterios arbitrarios, tal como lo hizo el CPC, con la previsión de que la ley penal del estado se aplicará cuando fuera de él se cometa el delito, siempre y cuando *“...dentro [del estado], de acuerdo con el fin del autor o partícipe, se agote la lesión al bien jurídico o se realicen actos para ello”*.

### — III —

#### **Las excepciones al principio de territorialidad de la ley penal**

Si los principios de territorialidad y de extra-territorialidad fuesen los únicos que rigen la aplicación de la ley penal, quedarían sin sanción muchos delitos cometidos fuera del territorio del Estado mexicano o que no produzcan sus efectos en aquél; es decir, cuando los delitos cometidos en otro estado y sin producir efectos dentro del Estado mexicano sí lesionen a éste o a los connacionales o se lleven a cabo por éstos. No obstante, a la luz de los artículos 2° a 5° del CPF es claro que los aludidos principios no rigen de manera exclusiva la aplicación de la ley penal en el espacio. Ella se aplica, además, por los delitos que se cometen fuera del territorio mexicano según otros principios. Por una parte, está el principio «personal». El que se relaciona con la nacionalidad del sujeto activo o pasivo del delito —calidad de mexicano—. Y también se halla el principio «real» o de «protección». Relacionado con los delitos que se cometan en las embajadas y consulados mexicanos en el extranjero o en contra del personal diplomático y consular y cuando los delitos se cometan en buques mexicanos en alta mar o en aeronaves mexicanas fuera del espacio aéreo mexicano.

Por otra parte, tratándose de un Estado federal como lo es el Estado mexicano, están las pautas reguladoras de los órdenes federal y común. En virtud de las cuales la ley da criterios para decidir si el delito es del orden federal o del orden común. En realidad, los principios «personal» y «real» involucran en México a delitos del orden federal conforme al artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal. Asimismo, son del orden federal los delitos que abarca el principio de extra-territorialidad, esto es, los delitos cometidos en el exterior

que surtan sus efectos en México. Mas también serán delitos del orden federal los cometidos dentro del territorio nacional si acaso se da cualquiera de los demás criterios de atribución federal que señala el artículo 50 de la LOPJF. En caso contrario se aplican las normas del orden común según el lugar donde se cometió el delito. El orden federal y el común es así otro factor que determina y limita la aplicación de la ley penal federal, estadual o distrital en un Estado federal.

Y por último, está el principio «universal». Por el que se pretende la aplicación de normas internas e internacionales de corte punitivo, dentro y fuera del país donde se cometa el delito. Mismo al que la doctrina aludió por mucho tiempo y que ya tiene manifestaciones jurídicas concretas a través del *Estatuto que crea la Corte Penal Internacional* y del cual México es parte. El tratado ya está vigente en el orden jurídico internacional desde el 1° de julio de 2002, después de satisfacer el mínimo requerido de ratificaciones,<sup>402</sup> pero en México aún están pendientes su aprobación por el Senado —el cual ya aprobó una discutible iniciativa de reforma constitucional a tal efecto<sup>403</sup>— y la ratificación por el Presidente de la República. Éste principio podría ser también una excepción al de territorialidad. Pues aunque no siempre excluye a ese principio, si permite la aplicación extraterritorial de normas penales —aunque no de normas extraterritoriales, habida cuenta de que el tratado sería parte del Derecho nacional—. Además de otras implicaciones que comentaré. Me ocupo antes de las dos primeras excepciones a los principios de territorialidad.

**A. El principio personal.** Este principio se consigna en el artículo 4° del CPF por el cual la ley penal mexicana es aplicable a los delitos cometidos en el extranjero por mexicanos o en contra de mexicanos siempre y cuando concurren los requisitos siguientes: (...) Que el acusado se encuentre en la República —principio de prohibición de juicio en ausencia—. (Fracción I.) Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió —principio non bis in idem—. (Fracción II.) Y que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito tan en el país donde se cometió, como en la República —principio de doble incriminación—. (Fracción III.) Como se puede apreciar, la nacionalidad del sujeto activo o pasivo es el principal vínculo para afirmar en esos casos la aplicación de la ley penal mexicana por delitos que se cometen en el extranjero. El delito se ha de cometer por mexicano o en contra de mexicano. Pero, a la vez, a la aplicación de la ley penal mexicana se le sujeta a las citadas condiciones: 1) La ley penal mexicana sólo se aplicará si el acusado se encuentra en la República. (Lo cual en el ámbito procesal se deriva de la prohibición de los juicios en ausencia.) 2) La ley penal mexicana sólo se aplicará si el hecho también es delito donde se cometió. (Que apareja una manifestación en el Derecho interno de la regla internacional de doble incriminación en materia de extradición y que significa probar la vigencia de la norma penal extranjera y su coincidencia con la mexicana.) Y 3) La ley penal mexicana sólo se aplicará si a la persona no se le juzgó definitivamente en el país en que delinquirió. (Lo cual no es más que reconocer la garantía que prevé el artículo 23 C. de que nadie se le puede juzgar más de una vez por el mismo delito.)

---

<sup>402</sup> México es parte del *Tratado Internacional que crea la Corte Penal Internacional* adoptado en Roma, Italia, el 17 de julio de 1988. De acuerdo con los artículos 76-fracción-I, 98-fracción-X y 133 C.: México firmó el tratado el 7 de septiembre de 2000. El tratado aún no se aprueba por el Senado y menos aún se le ha ratificado por el Presidente de la República. El tratado ya está vigente en el orden jurídico internacional desde el 1° de julio de 2002, después de reunir la ratificación de 60 países como condición previa estipulada en el tratado para que surta efectos entre los Estados que lo ratifiquen.

<sup>403</sup> Ver la Nota final del apartado C de este número de este Capítulo.

**B. El principio real.** El principio real atiende a la protección de bienes jurídicos nacionales en el extranjero, tutelados por la ley penal. Y, por tanto, a la sancionabilidad de delitos cometidos en el extranjero que afecten a esos bienes jurídicos. El mismo se regula en los artículos 2°-II y 5° del CPF, con excepción de los supuestos de la fracción III y algunos de la fracción IV de dicho artículo 5°, en los que el delito se comete en el espacio nacional en amplio sentido —puertos y aguas nacionales y en atmósfera nacional—. Y en las cuales en realidad opera el principio de territorialidad. Así la fracción II del artículo 2° del CPF dispone que el código penal se aplicará: *“Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron”*. Mientras que el artículo 5° del CPF dispone que: *“Se considerarán como ejecutados en territorio de la republica: I.- Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales. II.- Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto. III.- Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la republica, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad. IV.- Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores, y V.- Los cometidos en las embajadas y delegaciones mexicanas”*.

Las condiciones que señalan las fracciones II de los artículos 2° y 5° del CPF se derivan del reconocimiento a la garantía del artículo 23 C. de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo delito. Mientras con relación a los supuestos previstos en la fracción III del artículo 5°, la aplicación se condiciona al principio de reciprocidad, como pauta normativa que proviene del Derecho Internacional.

**C. El principio universal.** A través del postulado de justicia universal se plantea la persecución de delitos que afectan a la comunidad internacional cometidos fuera del Estado que los tipifica o habría de tipificar penalmente. Ese principio se sustenta en el ideal del estado de derecho, por el cual los actos de cualquier gobierno han de tender más a proteger a la gente y a las personas cuando en su contra se cometen delitos que afectan a la esencia de la comunidad internacional de la cual esa gente forma parte. Lo cual se da cuando sean los propios gobiernos de los Estados donde se cometen los delitos, los que los propicien, toleren o fallen en su tipificación o en su persecución penal. En tal sentido, el propósito del principio de justicia universal es el combate a la impunidad que se propicie por un Estado.

Tal principio apareja dos paradigmas. **1)** Porque el reconocimiento del principio universal supone no sólo una asunción de competencias por parte de los Estados que lo asuman. Sino, además, **2)** conlleva la eventual declinación de esa competencia a favor de un organismo internacional con poder para juzgar a los inculcados e imponerles penas. El primer aspecto es —en cierta medida— el menos problemático: El Estado asume competencia para conocer de ciertos delitos cometidos fuera de sus fronteras, aunque los hechos no se prevean como delitos donde se cometieron; ni atenten específicamente en contra de connacionales ni de

intereses jurídicos de aquel Estado sino es que el de perseguir los delitos previstos en el mismo tratado. Esto es, sin que se den las condiciones para que operen los principios personal y real para la aplicación extraterritorial de la ley penal. En aquellos casos no opera la excepción de *doble incriminación* si es que el país donde se cometieron los delitos no los tipifica penalmente; o tipificándolos, el Estado dé alguna ley de amnistía o de "punto final". Ello es así, porque tal principio presupone que se hace necesaria la jurisdicción de otros miembros de la comunidad internacional, cuando el Estado donde se cometieron los delitos precisamente falla en el castigo de aquellos delitos.

Más de ello también se deriva que cuando el Estado donde se cometieron los delitos —u otro Estado— juzguen a los inculpados conforme a su ley, ya no cabrá entonces la aplicación del principio universal debido a la garantía que prohíbe el doble juicio. La cual en México se consagra en el artículo 23 C. La doctrina y ciertas legislaciones —como la española<sup>404</sup>— sujetan al principio universal los siguientes delitos: El genocidio; el terrorismo; la piratería y el apoderamiento ilícito de aeronaves; la falsificación de moneda extranjera; la trata de blancas y la corrupción de menores o incapaces; el tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido por el Estado que regula el citado principio de justicia universal. En México, el CPF no regula el principio universal como criterio de aplicación extraterritorial de la ley penal mexicana. Y de hacerlo, no cabría su aplicación retroactiva en perjuicio de las personas conforme lo prohíbe el artículo 14 C. Sin embargo, el principio de justicia universal quizá no esté en México por mucho tiempo fuera de discusión en el ámbito que parecería más emblemático. Porque México ya forma parte potencial del *Estatuto que crea la Corte Penal Internacional* adoptado en Roma, Italia, el 17 de julio de 1988. La firma de México se dio el 7 de septiembre de 2000. Dicho tratado aún no se aprueba por el Senado ni se le ratifica por el Presidente de la República —de acuerdo con los artículos 76 y 133 C—. Aunque el tratado ya está vigente en el orden jurídico internacional desde el 1° de julio de 2002, después de reunir la ratificación de 60 países como condición previa estipulada en el tratado para que surta efectos entre los Estados que lo ratifiquen. ¿En qué consiste ese tratado? ¿Y cuáles serían sus repercusiones jurídico-penales en el orden constitucional mexicano?

La Corte Penal Internacional se estatuye como un organismo permanente, independiente y vinculado con el sistema de las Naciones Unidas. Su sede está en La Haya, Holanda, y tendrá competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Aquella operará de manera complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, para ejercer jurisdicción sobre personas. (Artículos 1°, 2° y 3° con relación a los párrafos noveno y décimo del Preámbulo.) La Corte ejercerá jurisdicción en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado. (Artículo 4°.) La competencia de la Corte se limita a los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, los de guerra y el de agresión —sujeto éste último a previa definición de sus condiciones (que aún estarían por darse en un Protocolo adicional) —. (Artículo 6°.) Los artículos 7° y 8° tipifican los diversos delitos que se estiman como de genocidio, de lesa humanidad y los de guerra. El artículo 11 señala que la Corte tendrá competencia únicamente para los delitos que se cometan después de la entrada en vigor del Estatuto. Con lo cual se

<sup>404</sup> Ver artículo 23,4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de España*.

reconoce la garantía de *ley previa*. Lo que se reitera en los artículos 22 a 24, junto con las garantías de irretroactividad perjudicial y aplicación de la norma internacional más favorable. En los artículos 25 a 29 se define el ámbito personal de aplicación de las normas, De las cuales sólo se excluye a las personas menores de 18 años de edad. Los artículos 17 y 20 condicionan, en esencia, la admisibilidad de un asunto al conocimiento de la Corte, a que el Estado donde se cometió el delito esté incapacitado para investigarlo, perseguirlo o juzgarlo debido al colapso total o sustancial de su sistema de administración de justicia o de hecho carezca de ella; o a que el Estado no haya iniciado la investigación, persecución o juzgamiento por el delito; o cuando el Estado no haya determinado el inejercicio de la acción penal o hubiere juzgado al inculcado conforme a las garantías del debido proceso reconocidas por el Derecho Internacional. Estas excepciones serán inoperantes si se determina que obedecieron a sustraer al inculcado de los crímenes por los que la Corte es competente. Para dictar esa determinación se atenderá a si para pronunciar las resoluciones respectivas se acataron aquellas garantías. Asimismo, se reconoce ampliamente la garantía de cosa juzgada, tan si proviene de la Corte, como si procede de un Estado —con las salvedades antes señaladas en este último caso—. El artículo 29 establece la imprescriptibilidad de la pretensión penal por los crímenes que son competencia de la Corte. En cuanto al Derecho aplicable, el artículo 21 estipula que:

La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los elementos del crimen y sus reglas de procedimiento y prueba. b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados. c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

Mientras que los restantes artículos del *Estatuto* establecen ampliamente las reglas generales para estimar la existencia jurídica del delito y sus causas excluyentes. Al igual que reglamentan la constitución, organización y funcionamiento de la Corte. Para después ocuparse de las reglas del procedimiento, del debido proceso, de las pruebas, las resoluciones, las sanciones y su ejecución.

Ciertamente que el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* se apega en su contenido a los postulados esenciales del estado de derecho; y, por ende, al respeto y la protección de los derechos humanos. El *Estatuto* no es la primera corporificación internacional escrita, detallada y pactada que avala el principio pro-homine dentro del Derecho Internacional. Tampoco es la primera que supera el viejo paradigma de que los sujetos del Derecho Internacional sólo son los Estados y los organismos internacionales, porque también las personas pueden serlo.<sup>406</sup> Pero esa convención si es la primera de carácter multilateral que sin duda adopta esa postura con pretensión penal sobre las personas. En el fondo, el *Estatuto* mira a las gentes y las personas que conforman a esas gentes. Pero también atiende al interés de los Estados donde ellas se encuentran. Mas ve aquel interés en la medida que los órganos de los Estados deben estar al servicio de la gente y las personas que los constituyen. Y, por tanto, niega el interés ilegítimo que refleje una postura de mero poder político —o de cualquiera otra índole— ajeno al espíritu del estado de derecho; esto es, por el cual se pretenda hacer valer la impunidad en perjuicio de la gente y las personas que la conforman. Es pues intolerable la conducta de

<sup>406</sup> Piénsese, por ejemplo, en las *Convenciones de Ginebra de 1947 en materia de Derecho Humanitario* y sus *Protocolos Adicionales de 1977*, así como en las múltiples convenciones internacionales de derechos humanos. Y aunque cabe señalar que esas convenciones no motivan que sean las personas las titulares de obligaciones que surjan de las mismas, si dan lugar a la titularidad de los derechos humanos que reconocen al tener los tratados jerarquía superior que las mismas leyes según tesis de la SCJN que se cita en el Capítulo Cuarto, número III-C-1.

cualquier Estado que a través de sus órganos de gobierno participe, consienta o no se oponga positivamente a las acciones por las que se cometan en su territorio los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y los de guerra que se definen en el *Estatuto*. En ese sentido el *Estatuto* debe aplaudirse y apoyarse. En esa tesitura el *Estatuto* plantea un hito en materia constitucional y penal que en México está aún por verse. El *Estatuto* simplemente no puede aprobarse por el Senado, ni ratificarse por el Presidente, sin que antes se reforme la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. *Por una parte, sería necesario que la carta fundamental autorice la intervención internacional en territorio nacional para los efectos del Estatuto*. Lo que obliga a plantear una noción diferente de la postura tradicional de “no-intervención” que muchos países —incluso México— han sostenido crípticamente, al separarla de los principios de “libre autodeterminación de los pueblos” y de “no-agresión”. Porque sigue siendo válida la prohibición de que un Estado o un organismo internacional intervenga en los asuntos internos de otro Estado. O simplemente que intervenga en otro Estado sin causa lícita internacional. Mas la intervención que el *Estatuto* prevé —y la cual se debe prever en la C. —: es para la detención de inculpados de delitos internacionales mencionados en el *Estatuto* y con las condiciones que el mismo *Estatuto* estipula; y no para inmiscuirse en los asuntos —político-jurídicos— internos del país que sólo compete decidir al pueblo de ese Estado, ni para iniciar una agresión en contra de aquél. *Y por la otra, porque el artículo 14 C. dispone que los delitos y las penas se han de prever en la ley. Y la fracción VI del artículo 20-A C. consagra el derecho a ser juzgado por un juez del lugar donde se cometió el delito. Al igual que el artículo 21 C. reserva la persecución de los delitos al Ministerio Público y, asimismo —en consonancia con el artículo 14 C.— sólo le da a los jueces la competencia de juzgar de acuerdo con leyes expedidas con anterioridad al hecho*. La esencia de la reforma podría ser, pues: **1)** En su caso, el señalar con claridad en qué eventos y con qué condiciones el Estado podría a través de convenios internacionales crear delitos y penas o bien —sin necesidad de reformar la C. en aquél aspecto— incorporar en el CPF a los delitos que prevé el *Estatuto*, lo cual en parte ya se dio a través de los delitos de lesa humanidad y de genocidio. (Artículos 149 y 149-Bis del CPF.) **2)** Precisar las condiciones en las que una persona que se halle en territorio nacional se le podrá juzgar por tribunales internacionales respecto a delitos cometidos en el propio territorio nacional. En la inteligencia de que aquellas condiciones procesales no podrían ser menos que las garantías que consagra la misma carta fundamental, pero que se han de dar en el enjuiciamiento internacional que se convenga por México de acuerdo con aquellas. Resta pues la voluntad del Presidente y del Congreso<sup>408</sup> para continuar por ese rumbo hacia un estado de derecho.

Toca ahora ver la determinación de la ley penal aplicable en atención a los ordenes «federal» y «común» en un Estado federal. Lo que a la vez permite examinar una añeja propuesta. Ella se pone de manera reiterada en la

---

<sup>408</sup> En diciembre de 2002 con el propósito de poder aprobar el tratado, el Senado aprobó (con más de las dos terceras partes de sus miembros) la adición al artículo 21 C. del párrafo siguiente: “*El ejecutivo federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional*”. Aunque todavía falta que el texto sea aprobado por la cámara de diputados y luego por las legislaturas de los estados a través del procedimiento de reforma a la C., cabe observar que si bien esa reforma denotaría la intención de aprobar el tratado para su posterior ratificación por el Presidente de la República, el texto de la reforma que se plantea parece que se dirige más a establecer un cuestionable candado a la futura operatividad de la Corte Penal Internacional frustrando así su aplicación en los casos en que el Senado no reconozca la jurisdicción de la Corte Internacional, con lo cual también se malogra el espíritu que campea en todo el Tratado de combatir la impunidad cuando sea el mismo gobierno quien haya tolerado la comisión de los crímenes o aquél no actúe para su persecución o simule el juicio correspondiente. Faltaría por ver si el tratado mismo permite que se dé una reserva al mismo como la que aquél texto implica.

mesa de las discusiones: El código penal único. Su objetivo es lograr una política criminal coherente con los ideales de un estado de derecho.

— III —

**Los ámbitos de competencias en el Estado Federal Mexicano  
que limitan la aplicación de la ley penal**

**A. Orden federal y orden común.** El Estado Mexicano, en su organización jurídica y política adopta la forma "federal". Misma que consagra el artículo 40 Constitucional, al establecer que:

"Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental."

De ahí que en nuestro país coexistan dos órdenes jurídico-políticos. El que compete al estado federal y el que concierne a las entidades federativas y al Distrito Federal. Esta dualidad, como bien se sabe, es fruto de un singular proceso histórico-político de descentralización a través del cual se crearon entidades autónomas con personalidad jurídica propia. Tal como la voluntad popular se manifestó en las Constituciones de 1824 y 1857; y que se plasmó por el Constituyente de 1917 en el texto del vigente artículo 40 y luego, además, en el artículo 122 en 1997. Se dotó así a las entidades federativas y al Distrito Federal de los consubstanciales elementos que integran a la noción del Estado: población, territorio, gobierno, etc. Desde la perspectiva anterior, resulta que nuestro estado federal tiene un territorio nacional, y éste, a su vez, comprende a los territorios de las entidades federativas y del distrito federal (asiento a la vez de los poderes federales.) En el mismo marco de referencia y conforme, además, al artículo 49 Constitucional, el Estado federal, por conducto de sus órganos, ejerce para todo el territorio nacional las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional. División de funciones que se proyecta a la forma básica de gobierno que tienen los estados miembros de la federación y del Distrito Federal respecto a su territorio y población. En tal orden de ideas, las autoridades estatales y del Distrito Federal ejercen las citadas funciones públicas en el territorio de cada entidad federativa y del Distrito Federal y sobre las personas que se encuentren en esos ámbitos espaciales de acuerdo con la misma C., sus respectivas constituciones y sus leyes. Las funciones públicas de esas autoridades locales coexisten pues con las que ejercen los órganos federales. De tal guisa que dentro de los citados ámbitos —espacial y personal— se despliegan los respectivos poderes públicos federal y local.

La dualidad que se apunta, como dice Don Ignacio Burgoa: "podría implicar una trastornadora interferencia entre ambos tipos de poderes, si no existiera un principio cardinal sobre el que se sustentara el sistema competencial entre los órganos federales y los de los Estados Federales".<sup>407</sup> Ese principio está en el artículo 124 de la C., por el cual las autoridades de la federación sólo pueden ejercer facultades que "*expresamente les conceda*" la propia C. para desempeñar cualquiera de las funciones legislativa, ejecutiva o jurisdiccional. En tanto se deja a los órganos de los estados miembros y del Distrito Federal todas aquellas funciones que no reserve la Carta Magna como específicas para los poderes federales. Aquel principio hace posible entonces la

---

<sup>407</sup> Ignacio Burgoa, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa S. A., México, 1973, p. 520.

coexistencia en sus respectivos marcos de competencia de dos clases de órdenes jurídicos, los cuales emanan de los órganos legislativos federal y del orden común, referentes a una misma materia. Cual es el caso de la penal. En tanto la fracción XXI del artículo 73 Constitucional faculta al Congreso Federal a "*definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse*". Se advierte así, implícitamente —al estatuir la fracción en comento que tal ordenación jurídico-punitiva se debe referir a los hechos que atentan *contra la federación*—, que a las legislaturas de los estados miembros y a la asamblea del Distrito Federal les corresponde legislar en materia penal en cuanto a los eventos dañosos que afecten a su orden interno. De esa manera —y en atención al artículo 122-C-base-primer-a-h) de la C., que faculta a la asamblea legislativa del Distrito Federal a legislar en materia penal para el Distrito Federal— resulta la coexistencia del vigente Código Penal Federal con el Código Penal para el Distrito Federal y los códigos penales que cada entidad federativa promulga para regular su propio orden común en su ámbito territorial. De ello se sigue que las autoridades federales y del orden común sólo tengan la competencia de aplicar sus respectivas leyes sin que sea admisible que una u otra conozcan y decidan con base en la ley de otro orden o entidad federativa, salvo los casos de fuero federal atractivo por conexidad a los que más adelante aludiré.

Ahora bien, en el artículo 50-I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, el legislador federal plasmó los criterios con los que se deslinda el ámbito de competencia del orden federal. Es decir, determina cuándo un evento típico-penal se reputa como delito federal. El artículo 50-I de la LOPJF dispone: "Los jueces federales penales conocerán: I. De los delitos del orden federal. Son delitos del orden federal: a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales; b) Los señalados en los artículos 2o. a 5o. del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal; c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos; d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras; e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo; f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado; i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado; j) Todos aquéllos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación; k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal, cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal, y l) Los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en los términos de la fracción II del artículo 401 del Código Penal. Si a lo anterior se suma lo que establece la fracción I del artículo 104 Constitucional, en el sentido de que los Tribunales de la Federación son competentes para conocer de "*todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales*", podemos concluir entonces que los jueces de distrito son los competentes para conocer de los casos en que se den los supuestos de competencia federal que prevé el artículo 50-I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal con relación a los delitos que prevean el CPF y las leyes federales; y que —fuera de

esos supuestos— todos los demás casos se conocerán por los jueces comunes estatales o del Distrito Federal, conforme a sus respectivos códigos penales y adjetivos y dentro de su ámbito territorial de competencia.

No obstante lo anterior, debido a la aprobación y promulgación del nuevo Código Penal Federal se presenta ahora una interrogante con relación a una aparente interferencia entre el orden federal y el orden común en materia penal. El nuevo CPF es una ley federal. Y el artículo 50-I-a) de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal dispone que son delitos del orden federal todos los previstos en las leyes federales. Por consecuencia, según ello serían delitos del orden federal todos los previstos en el mismo CPF que se cometan en cualquier parte del territorio de la república, siendo que la mayoría de esos delitos también se prevén en el CPDF y en los demás códigos penales de las entidades federativas. Esa supuesta obstrucción no se daba antes de la reforma al artículo 122 C. que ahora concede facultades para legislar en materia penal a la asamblea legislativa del Distrito Federal para éste Distrito. Pues antes de esa reforma el anterior Código Penal del Distrito Federal aplicable en toda la República en Materia Federal no era en sí una ley federal, sino que era un Código Penal para el Distrito Federal y aplicable en materia federal sólo cuando se diese uno de los supuestos de competencia federal del artículo 50-I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal. Fuera de esos casos, los delitos previstos en el anterior CPF cometidos en el Distrito Federal o que en él produjesen sus efectos eran competencia del Ministerio Público del Distrito Federal y de los órganos del poder judicial del mismo Distrito Federal. Y si acaso el hecho se realizaba fuera del Distrito Federal sin que se captase por alguno de los supuestos del artículo 50-I de la LOPJF, sólo podría ser delito si se prevenía como tal en el código penal de la entidad federativa donde se hubiese realizado o producido sus efectos. De ahí que quepa preguntar si de acuerdo con lo dicho: ¿con base en que ahora el nuevo CPF es una ley federal, sería posible que se dé la doble incriminación legal de un mismo delito en dos órdenes jurídicos diversos de la república mexicana? Es decir, quien perpetre un homicidio en cualquier parte de la república: ¿estará cometiendo un delito tan del orden federal —al estar previsto en el CPF que ahora es ley federal— como del orden común del Distrito Federal o de la entidad federativa donde se cometa —al estar previsto en sus códigos penales—? Sin embargo, la respuesta a ese planteamiento es negativa por dos razones básicas:

**La primera.** El artículo 50-I de la LOPJF tiene como objeto fijar los supuestos por los que los delitos pueden ser del orden federal, para así deslindar los delitos federales de los delitos del orden común que se prevén en los códigos penales de las entidades federativas y del Distrito Federal, en acato de los artículos 124 y 73-XXI de la C. Ya que la teleología del artículo 124 C. es evitar cruces entre los órdenes federales y comunes del Estado Federal Mexicano, al disponer que las autoridades de la federación sólo pueden ejercer las facultades que *"expresamente les conceda"* la propia C., dejando a los órganos legislativo, ejecutivo y judicial de los estados miembros y del Distrito Federal todas aquellas funciones que no consigne la carta magna como específicas para los poderes federales. Y porque la fracción XXI del artículo 73 C. faculta al Congreso Federal a *"definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse"*. De acuerdo pues con tales principios federalistas de deslinde de competencias y el objeto que para tal fin tiene el artículo 50-I de la LOPJF, el entender que éste artículo en vez de que distinga los ámbitos de competencia federal y

común en materia penal, admitiera precisamente lo contrario, es decir, propiciara que una misma conducta tipificara a la vez delitos del orden federal y del orden común, sería desatender el objeto y fin de la norma, dejándola sin su sentido delimitador de competencias en acato de las previsiones de la misma C. y convirtiéndola, además, en una vía que favorecería el empalme de competencias que precisamente tal artículo y la misma C. quieren evitar.

**La segunda.** Porque también se le haría perder sentido al inciso b) del artículo 50-I de la LOPJF, que señala que serán delitos federales los que queden comprendidos en los artículos 2° a 5° del mismo CPF. Ya que esa previsión sería innecesaria u ociosa si de todas suertes esos delitos fuesen del orden federal con base en que se prevén en el CPF que ahora es una ley federal de acuerdo con el inciso a) del citado artículo 51-I de la LOPJF. Cuando precisamente el sentido de dicho artículo es acotar al mismo CPF como ley federal para estimar como delitos federales —de los previstos en ese código— sólo los que enmarquen en los supuestos de los artículos 2 a 5 del mismo CPF o en los restantes criterios de competencia federal de los demás incisos c) a l) del artículo 50-I de la LOPJF. Por lo tanto, de acuerdo con una interpretación contextual entre el artículo 50-I de la LOPJF y los artículos 124 y 73-XXI de la C.; así como entre los mismos incisos a) y b) del artículo 50-I de la LOPJF, exégesis que por una parte evite el absurdo de propiciar la interferencia de competencias entre el orden federal y los ordenes comunes y por la otra haga viable el fin de los artículos 124 y 73-XXI de la C. y del mismo artículo 50-I de la LOPJF, de precisamente distinguir la competencia del orden federal de las competencias de los ordenes comunes, no cabe menos el concluir que el mero hecho de que el CPF sea una ley de índole federal no determina la competencia federal respecto de los delitos que aquél prevé, sino que esos delitos sólo podrán ser del orden federal cuando se dé cualquiera de los supuestos de los incisos b) a l) del artículo 50-I de la LOPJF; sin perjuicio de que también se considerarán delitos federales lo que se prevean en otras leyes federales distintas al CPF, de acuerdo con el referido inciso a) del artículo 50-I de la LOPJF.

El problema es distinto cuando opera la previsión del artículo 74-XXI-párrafo-segundo C., al disponer que: *“Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando estos tengan conexidad con delitos federales”*, facultad que se reglamenta en el párrafo tercero del artículo 10 del CFPP con relación al artículo 475 del mismo ordenamiento. Porque ninguna duda cabe que los jueces de Distrito tendrán competencia para conocer de los delitos del fuero común cuando estos tengan conexidad con delitos federales, debiéndose aplicar las normas —procedimentales y procesales— del CFPP; pero la previsión constitucional de ningún modo autoriza a los jueces federales para aplicar las normas del CPF para definir la existencia del delito y sus consecuencias jurídicas, pues de acuerdo con lo que prevé el mismo artículo 74-XXI-párrafo-segundo de la C., los “delitos” siguen siendo “del fuero común”. De lo que se sigue que tal precepto constitucional consigna la facultad de jurisdicción excepcional a favor de los jueces federales para aplicar las leyes penales del orden común cuando se trate de fuero atractivo por conexidad de delitos de ese orden con delitos del orden federal. Fuera de los casos de conexidad (que da el artículo 475 del CFPP) será arbitrario cualquier criterio que dé competencia a los jueces federales para instruir un proceso al inculpado de un delito del fuero común. Como igual lo será aquel que —dado alguno de los supuestos de conexidad del artículo 475 del CFPP con relación al artículo 10 del mismo código y por el cual los jueces federales serán competentes para instruir el proceso de

acuerdo al CFPP por un delito del orden común— decida la aplicación de las normas del CPF en vez de las normas del código penal de la entidad federativa conforme al cual el delito es del fuero común y que fue atraído a la competencia del juez federal en virtud de la regla de conexidad de los artículos 74-XXI-párrafo-segundo de la C. y 10 y 475 del CFPP. En todos esos casos el juez de Distrito debe aplicar el código penal de la entidad federativa que corresponda para decidir la existencia del delito y sus consecuencias jurídicas y respecto al procedimiento ajustarse a las normas del CFPP.

**B. La diversidad legislativa penal y una política criminal coherente con los principios rectores de un estado de derecho. (¿Unificación penal?)** No resulta ocioso destacar que la pluralidad legislativa penal se proyecta en la República Mexicana tan en el ámbito sustantivo, como en el procesal y en el ejecutivo. Ello hace que rijan tantos códigos y leyes de esas materias como ámbitos y entidades federativas existen en México. Esto es, las leyes penales del orden federal, del Distrito Federal y de los Estados. Lo que desde hace décadas provoca duras y acerbas críticas de distinguidos jus-penalistas nacionales y extranjeros.

Por lo que concierne a la materia sustantiva penal, en su tiempo levantaron la voz Raúl Carrancá y Trujillo, Ortiz Tirado, Sánchez Román y Luis Jiménez de Asúa;<sup>408</sup> sumándose a sus reclamos muchos otros pensadores que ante la diversidad legislativa abrazaron la causa de “unificar” la legislación penal. Insistían en que sólo a través de ella se puede dar coherencia y eficacia a una verdadera política criminal en el ámbito nacional. A lo cual ahora se le agregaría, que sea congruente con un estado de derecho y democrático. El gran mosaico legislativo en materia penal que en México prevalece no se justifica —se dice— pues salvo la variedad étnica, cultural y religiosa de escasas regiones, los intereses que una ley punitiva debe tutelar se pueden salvar en una ley única, en tanto que la Nación que integramos presenta un esquema socio-jurídico más o menos homogéneo. ¿Mas será esto último cierto? Con independencia de ello y en verdad, como Sergio García Ramírez lo relató con elocuencia<sup>409</sup>: Los pronunciamientos para la “unificación” han sido muchos, mismos que se acogieron en congresos y conferencias, y que han desembocado en sendos proyectos de Códigos Tipo, Penal y Procesal, para la República.

Sin embargo, también es verdad que a la luz del Derecho Constitucional encontramos la barrera del sistema federal. Cuya puerta permanece cerrada para que la materia penal sea sustantiva, procesal y ejecutiva sea sólo de la competencia federal. Y lograr así la “unificación” como una de las supuestas bases para una eficaz política criminal. Pero aparte de lo anterior: ¿será la “unificación penal” el mejor camino para lograr una eficaz política criminal? ¿Y qué acaso será el único camino? Lo dudo mucho a menos que a esas propuestas de unificar la ley sustantiva penal se les acote y añadan otras de carácter fundamental. Y las cuales expondré más adelante. De entrada se podría argüir en contra: ¿En dónde quedaría el principio federalista? ¿Cómo se supone que el gobierno federal podría llevar a cabo con más éxito toda la compleja función de los órganos de justicia y del mismo sistema penal? ¿Tendría la capacidad el gobierno federal —económica, de organización y de operación— para realizar tales funciones con más eficacia, eficiencia y calidad en toda la república? O ¿qué

---

<sup>408</sup> Cít. por Sergio García Ramírez, *Manual de Prisiones. La Unificación Penal en México*, Editorial Botas, México, 1970, p. 86.

<sup>409</sup> Sergio García Ramírez, *Manual de*, p. 89.

acaso sólo se trataría de centralizar la facultad legislativa y luego acudir al expediente de la competencia concurrente o a alguno similar para que —como sucede con la materia mercantil— sean los estados quienes deban llevar la carga presupuestal y de instrumentación organizacional y operativa, de prevención, procuración, aplicación y ejecución? ¿Y ello, sin que sus legislaturas hayan intervenido para nada? Claro, como parte del constituyente permanente aquellas intervendrían en la reforma constitucional para aquel efecto. Y también pueden oponerse a través de la acción de inconstitucionalidad contra el contenido de las normas de lo que al menos sería un nuevo código penal único. (Artículo 105 C.)

Más por otra parte, se debe destacar que del panorama evolutivo que nos muestra la legislación penal en la república, claramente se advierte que el problema de la diversidad legislativa en un principio se solventó mediante un proceso de adherencia de las legislaciones locales a los ordenamientos legales federales. Pero tampoco se puede pasar por alto que entidades federativas como Veracruz, Michoacán, Guanajuato, Baja California Norte, Nuevo León, Tabasco y Coahuila —entre otras tantas— se apartaron desde hace tiempo —en mayor o menor medida— de los cauces por los que transcurrió el CPF antes de las reformas de 1983 y 1993-94 y ellas optaron por lo que se podría llamar "*el perfeccionismo divergente*". En tanto estos códigos acogieron más modernas sistemáticas legislativas. Ahora bien, puede ser que esos códigos estatales —y ahora el CPDF— se ajusten o desajusten en mayor o menor medida a los ideales de un «estado de derecho» que el mismo CPF. Quizá mucho más que el CPF. O quizá menos. Que es lo que —en parte— está aún por verse en este libro —respecto del mismo CPF, del CPDF y el CPC—. Y cuenta habida que ya se reconoce el progreso técnico jurídico y de política criminal que muestran algunos de los códigos penales que pertenecen a la corriente "divergente", la tendencia renovadora podría seguir por ese camino. Pero en tal caso, sólo cabría esperar que ello fuese útil para muy lentamente demostrar la necesidad de dotar al país de nuevos códigos penales —también procedimentales penales y de ejecución punitiva— que sean acordes no solo con los avances técnicos que las ciencias penales han logrado; sino sobretodo, que reflejen con claridad una política criminal congruente con los postulados del estado democrático y de derecho que mana de nuestra Constitución. Mismos que concibiesen al Derecho como un instrumento al servicio de las personas y de la comunidad y no como un medio para servirse de unas u otra. La ausencia de una política criminal uniforme en muchos códigos penales y procesales penales de la república y, en especial, que sea coherente con los postulados e ideales de un Estado de derecho de corte democrático, es una deficiencia que se manifiesta incluso en el propio orden federal. Las modificaciones —con orientación democrática— que se le hicieron al CPF desde el año de 1983 y los años de 1993-94, luego se opacaron por contrarreformas, especialmente en el campo procesal y en el del amparo. Estas obedecieron, en múltiples aspectos, más a situaciones de coyuntura que a una concepción garantista y de necesidad real. Y contrastan de por sí con una política criminal que se define en función del respeto a los derechos humanos y a los principios rectores de un estado de derecho que ya rigen en cierta medida a algunos de los códigos de la corriente "divergente". Ni que decir igualmente de los fuertes signos antigarantistas de que adolece el propio CFPP ya sea por exceso o por defecto.

Pero nada de ello quita el hecho de la gran multiplicidad de normas penales —sustantivas, procesales y ejecutivas— en el universo legislativo de la República y la deseable unificación penal. ¿Más qué podría

garantizar la coherencia normativa de la legislación penal, procesal penal y ejecutiva penal con el espíritu del estado de derecho? Porque hoy por hoy nada avala —si no es la misma Constitución— que de concentrarse el sistema penal sólo en la federación —o alguno de sus segmentos— la política criminal que aquella adopte en el futuro sea siempre congruente con los ideales del estado democrático. Por ello, lo que se debe hacer antes de que esa unificación penal se llegare a concretar en al menos un Código Penal único, es que se consagren en la C. —o a partir de ella, en una ley federal reglamentaria— otras garantías «expresas» que refuercen a las vigentes y que tiendan a asegurar más el rumbo hacia un estado de derecho de la que sería una legislación penal única. Y por supuesto, esas garantías adicionales son deseables aún sin la legislación penal única. Esas garantías pueden concretarse como un apartado en el artículo 18 C., de acuerdo con los preceptos siguientes y a los que ya me referí en el capítulo introductorio de este libro:

***El ajuste de los fines del sistema penal a los del estado de derecho. El fin del sistema penal es la integración social responsable de la persona conforme a los postulados de un estado de derecho.***

***El ajuste al principio de intervención mínima en las conminaciones penales y a través de vías alternas. Las leyes penales se regirán para sus conminaciones conforme a los principios de grave lesión al bien jurídico e intervención mínima. Unas y otras se concebirán en el marco de los derechos y las garantías que la Constitución reconoce y que amplíen las demás leyes, así como atendiendo al principio de que ninguna persona se le obligará a hacer lo que no manda la ley, ni se le privará de lo que ella no prohíbe. Igualmente, las leyes no señalarán más penas que las estricta y evidentemente racionales y necesarias. Por lo tanto, las leyes establecerán vías y medidas alternas al proceso penal y a la pena de prisión para los delitos no graves, cuando con ello se pueda promover la integración social responsable de la persona.***

***El ajuste al sentido regulador de conductas prohibidas de las normas penales. Y a que ellas se delimiten en presupuestos fácticos y normativos cerrados que se especifiquen a través de ley cierta. La autoridad se ajustará al entendimiento ontológico y social normativo de las conductas desaprobadas penalmente cuyo ámbito fáctico de prohibición se especificará de manera cerrada por la ley en los tipos penales. Asimismo, la ley dará pautas regulativas que complementen a las expresiones normativas abiertas que contengan los tipos penales cuya única fuente será la ley.***

***El ajuste a los principios de culpabilidad y de responsabilidad penal. La ley y la autoridad se ajustarán a los principios de culpabilidad y responsabilidad penal en la concepción del delito. Ellos se entenderán como límites a la pena. Por lo tanto, no se impondrá pena cuando en el caso concreto no le sea razonablemente exigible al imputado una conducta conforme a la norma, o aquella sea irracional o innecesaria en el caso concreto. La ley regulará la ejecución de toda pena privativa de la libertad en atención a una reinserción social digna, oportuna y responsable, así como los medios para suspenderlas, sustituirlas, modificarlas o acortarlas en virtud de tal fin, los que se resolverán en la vía judicial.***

Estas nuevas garantías «expresas» —y de las que algunas se razonarán a lo largo de este libro— serían bastantes para garantizar en la república una política criminal coherente y acorde con los ideales de un estado de derecho y democrático en el ámbito sustantivo penal.

***Pero a la vez serían del todo insuficientes, si se dejara de lado la reforma procesal con base en los postulados a los que se arribó al final del capítulo de Introducción de este libro. Sentadas al menos esas bases, no habría que poner reparos no sólo a un código penal único, sino también a un código procesal penal único. Porque si se omitiera la reforma procesal, en el fondo se dejarían intactas las graves aporías que actualmente existen entre la legislación y la práctica procesal por un lado y los postulados de un estado de derecho que manan de nuestra C.: Generando así el espejismo de un estado democrático tras el que se guarece un estado autoritario.***

#### — IV —

### El ámbito personal de aplicación de la ley penal

**A. La regla general y sus excepciones (El principio de igualdad.)** El párrafo tercero del artículo 1° de la C. contiene la base esencial de la garantía de igualdad. Él dispone que: *“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”*. Con ello adquiere fuerza el aforismo: “Todas las personas son iguales ante la ley”. Pero según esto: ¿Les será aplicable la ley penal a todas las personas sin distinción? Si se ve bien la garantía de igualdad, ella protege a las personas contra la discriminación por cualquier motivo que atente contra la dignidad humana. O de la que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas según las distintas cualidades que menciona la C. Por lo tanto, cabe pensar que es posible que la ley distinga, para así evitar que se trate igual a los desiguales. En especial, cuando ello signifique un menoscabo a la dignidad personal; o a los derechos y libertades del grupo distinguido. Por ello, un aspecto importante a considerar es que *la igualdad parte de la diversidad, es decir, de una situación de hecho en la que hay en parte igualdad y en parte diferencias*. La diversidad —la diferencia— se contrapone a la homogeneidad, a la identidad, pero no a la igualdad. Igualdad significa que los diferentes deben ser tratados en forma diferente o diferenciada —no desigual— para garantizar su igualdad. Las normas penales diferentes para adultos y menores y para los mismos adultos y los enfermos mentales —como también serían las referentes a garantizar la igualdad de género fuera de la materia penal— no significan generar un *conflicto de desigualdad* entre esos grupos con un coeficiente común: la persona humana. Más bien tratan de erradicar en la norma y en la realidad cualquier tinte autoritario por razón de edad o condición mental, género u otras condiciones, a través de medidas que eliminen las tendencias discriminatorias que pueden resultar de normas iguales, y con ello garantizar una visión y trato de igualdad con base en las diferencias y la dignidad entre todos los seres humanos. En tal sentido, la igualdad ante la ley no tiene como objetivo acabar con la diversidad, con la diferencia, sino reconocerla en su realidad para que no signifique ya discriminación injustificada o desigualdad inadmisibles.

Bajo esos principios filosóficos se edifica el principio de igualdad contenido en los artículos 1° y 4° de nuestra ley fundamental. En efecto, la C. al regular el principio de igualdad quiere decir, en primer lugar, que “todos los individuos gozan de las garantías fundamentales” (garantía de universalidad); por tanto, queda “prohibida toda discriminación que anule o menoscabe los derechos o libertades fundamentales de las personas” (garantía de no-discriminación.) Pero la igualdad ante la ley “no excluye que la ley reconozca la *diversidad* para garantizar la igualdad de los derechos fundamentales” (garantía de la diversidad o diferencia.) Para autores —como Luigi Ferrajoli— este modelo constitucional implica un paradigma de configuración jurídica de la igualdad y de las diferencias, que radica en la igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y de las garantías que aseguren su efectividad. Es decir, el paradigma constitucional de la igualdad y de la diferencia parte de tres principios fundamentales: 1) La igualdad de todos ante la ley bajo un principio de universalidad (artículos 1° y 4° C.) 2) La no-discriminación (artículo 1° C.) Y 3) La erradicación de la discriminación —por desigualdad real— de los grupos vulnerables, minoritarios o discriminados en sus derechos, a partir de acciones positivas para diluir su diferencia real (artículo 1° C. y

tratados internacionales.) (Por ejemplo, los tratados referentes a los derechos de los niños y de la mujer, entre otros.) En otras palabras, la igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad (diferente), en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo como todas las demás personas. Por ello, las diferentes identidades —incluso constitucionalmente reconocidas— se pueden valorar en la medida en que no se parta de la proclamación de una abstracta igualdad, *sino del hecho de sopesar —en el ámbito ontológico y social— los factores reales de desigualdad que van en contra de la norma sobre la igualdad. A efecto de elaborar no sólo formulaciones normativas de los derechos, sino también garantías de efectividad para anular la desigualdad.* En tal contexto se pueden situar ahora las leyes de menores infractores y las normas para los inimputables por enfermedad mental permanente, así como los intentos recientes de acciones legislativas para hacer eficaz la igualdad de género —sobre todo en materia civil, familiar y electoral— a la luz de normas que al identificar las diferencias reales que pugnan contra aquella garantía, introducen pautas que tienden a compensarlas.

Por lo tanto —como lo justifica toda la doctrina filosófica moderna— tan esas leyes que reconocen la desigualdad de los menores e incapaces, como las llamadas cláusulas o acciones afirmativas de género o raza, son perfectamente compatibles con el principio de igualdad: Porque en lugar de desconocerlo lo hacen posible. Ellas permiten que en la realidad se avance en la igualdad de oportunidades y derechos de las personas que pueden sufrir una situación de desventaja en el ejercicio de los mismos o en el desarrollo de su personalidad.

Luego entonces, el hecho de que exista la valoración afirmativa de reconocer las diferencias y a partir de esa realidad generar un modelo de equidad para obtener igualdad, de ninguna manera puede concebirse como una violación a ese principio de igualdad; sino al contrario, lo fortalece en la medida que permite tratar en forma diferenciada a los desiguales, bajo un principio de universalidad. Es decir, si todas las personas han de disfrutar de los mismos derechos que la C. reconoce, esto es; por una parte, los adultos y los menores —y entre los primeros, los capaces de culpabilidad y los incapaces de ella por trastorno mental permanente—; por la otra, los ciudadanos y ciertos funcionarios en algunos ámbitos del ejercicio de su función, así como en otra más, los hombres y las mujeres —en el caso de las nuevas cláusulas legales afirmativas en ciertos aspectos del trabajo, el matrimonio, la familia, el divorcio y la profesión, así como en la política—, entonces es necesario —a través de esas cláusulas legales afirmativas— atemperar normativamente las desigualdades de hecho que se generan entre las personas en su desenvolvimiento en la sociedad. Para que en sus situaciones diferenciadas a cada cual se le dé un acceso determinado, para que goce de sus derechos en forma igual ante la ley, en la ley y por la ley. Así pues, el principio de igualdad se ve fortalecido porque dichas medidas legislativas tienen como finalidad compensar las discriminaciones o especiales situaciones que se dan en la realidad, para incorporar en forma efectiva a quienes se encuentren en la situación de desventaja o especialmente diferente. En tal virtud, del párrafo tercero del artículo 1º C. se desprende un modelo de valoración jurídica de las diferencias. Las que se basan —siguiendo a Ferrajoli— *[e]n el principio normativo de igualdad de derechos fundamentales y en un sistema de garantías que vele por su efectivo cumplimiento.*<sup>410</sup> Bajo esa premisa, como sucede en el modelo imperante en la C., no se desconocen las diferencias, sino que

---

<sup>410</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, p. 74.

éstas se reconocen y valoran. Ello tiene como consecuencia inmediata que todas las personas se encuentran por igual y en las mismas condiciones sometidas a la ley penal. Y, sin embargo, de ello también se sigue que la propia C. permite que se establezcan situaciones especiales de igualdad. Es decir, por las que ciertos grupos de personas —debido a sus condiciones o situaciones personales— reciban un tratamiento diferenciado por parte de la ley para que, debido a sus diferencias, se evite su trato desigual en normas que no atendieren esas desigualdades. Esa garantía se refuerza con relación a la niñez a través del enunciado del párrafo octavo del artículo 4° C.: (...) El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. Y una evidencia concreta de ese trato especial la da, además, el artículo 61 de la C. con relación a las opiniones parlamentarias de diputados y senadores, pues aquél dispone que: (...) Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones manifestadas en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas.

De los términos del artículo 1° C. se deduce pues, la necesidad y la permisión de un trato legal diferente a los desiguales o que se encuentren en una situación especial. El que trasciende a la aplicación de ley penal. Y el que en tal materia obedece a los motivos siguientes: **1)** A la minoría edad. **2)** A los inimputables o incapaces procesalmente por enfermedad mental permanente. Y, **3)** A la función del cargo de ciertas personas. Así, esos motivos se convierten en las tres excepciones personales para la aplicación de la ley penal. Y a las cuales alude el artículo 6° del CPC, cuando refiere: (...) Las disposiciones de la ley penal se aplicarán por igual a todas las personas, con las excepciones que se establezcan. Me ocupo enseguida de ellas.

**B. La minoría de edad.** Los artículos 119, 120, 121 y 122 que integraban el Título Sexto —“Delincuencia de menores”— del CPF, se derogaron por los Artículos Transitorios de la vigente Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.<sup>411</sup> En virtud de ello, a los menores de dieciocho años de edad se les excluye —parcialmente— de la aplicación del CPF y el CPDF.<sup>412</sup> Pues esos menores de edad según la referida ley no pueden cometer delitos, sino sólo “infracciones” cuyo tipo se prevea por la ley penal. Ello obedece también al acato de convenios internacionales vigentes de los que México es parte. Como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.<sup>413</sup> El derecho que tienen los menores de dieciocho años de edad a un trato legal diferente al de los adultos con relación a la ley penal se reconoce en los artículos 1° y 37 de la citada Convención. Y ésta es aplicable en toda la república de manera preferente a cualquier ley que pudiera restringir ese derecho, habida cuenta que los tratados tienen mayor jerarquía que las leyes.<sup>414</sup> Por lo tanto, la citada Convención se debe aplicar de manera preponderante a las leyes que señalen una edad penal inferior a aquella. Es decir, respecto de las que dejen un segmento de menores de dieciocho años de edad a merced del Derecho Penal de adultos. Lo que debiera ser razón suficiente para motivar la reforma de las normas penales de los Estados que prevean menos de aquella edad para ser sujeto a la ley penal. Como sucede en Coahuila. En tanto el artículo 6° del CPC dice: “Para que alguien sea sujeto de

---

<sup>411</sup> Dicha ley se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 1991.

<sup>412</sup> Ello se desprende de los artículos 4° y 6° de la *Ley para el tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, en tanto el CPF no señala cuál es la edad penal y ahora el artículo 12 del CPDF señala la minoría de edad hasta antes de cumplir los dieciocho años de edad.

<sup>413</sup> La citada Convención se ratificó por México el 21 de octubre de 1990 y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

<sup>414</sup> Ver el criterio de la SCJN en el inciso 1, apartado C, número IV del CAPÍTULO QUINTO de este libro.

*Derecho Penal es necesario que tenga 16 años de edad o más y, en caso de ser sordomudo de nacimiento o desde antes de cumplir tres años de edad, sepa leer y escribir.*” Es claro así, que tal norma parece contrariar los artículos 1° y 37 de la referida Convención. Sin que sea válido argüir en contra que los convenios internacionales no pueden contener normas penales, ya que aquí se trata, precisamente, de lo contrario. Como también sería cuestionable sostener que la norma coahuilense queda amparada con la salvedad que hacen aquellas Convenciones, en el sentido de que la legislación nacional podrá establecer una mayoría de edad diferente, ya que en el caso que nos ocupa no se regula la mayoría de edad, sino la edad para ser sujeto del Derecho Penal, lo cual es distinto.

Con independencia de lo anterior, la ley penal reconoce la diferencia entre las personas debido a su minoría de edad. Y en Coahuila, además, a los sordo-mudos de nacimiento o desde los tres años de edad que no sepan leer ni escribir. Lo cual da lugar a que a estas personas menores de edad y de capacidades diferentes, se les apliquen normas distintas a las penales si es que incurren en conductas que la misma ley penal tipifica penalmente. Tales motivos se pueden justificar por la necesidad que hay de proteger a esos individuos con un trato legal diferente. Pero sólo en cuanto a que sus diferencias con los adultos —por la edad—; o en virtud, además, de aquella afección congénita o adquirida a muy temprana edad y con carencia cultural en Coahuila, se traduzcan en medidas que tiendan a transformar esa diferencia de hecho en una igualdad de derechos. De esta forma, la igualdad en derechos significa el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad. En ese contexto hay que alejar la idea de que la razón del trato diferente a los menores de dieciocho años de edad radica en su insuficiente desarrollo psíquico y social. El cual —según esto— les impide comprender la ilicitud de su conducta y motiva que sean inimputables. Lo que se traduciría en que los menores no pueden ser culpables de sus conductas —pues sin imputabilidad no puede haber culpabilidad—. Y, por ende, que no se les puedan aplicar penas sino tan sólo medidas de seguridad. En realidad un razonamiento así carece de sustento. Ya que la capacidad de comprender la ilicitud penal de lo que se hace y de motivarse de acuerdo con esa comprensión no es una cualidad que se pueda decidir por el mero dato de la edad de una persona. Sino que aquella capacidad se resuelve siempre en el caso individual y, además, con relación al momento en el que se comete el hecho según las condiciones mentales concretas de la persona. Y menos se podría sostener que aquella capacidad se adquiriese de la noche a la mañana. Esto es, por el sólo hecho de que un joven amanezca ya con dieciocho años de edad cumplidos. Como tampoco es forzoso que el joven carezca de esa capacidad porque aún no cumple esa edad —aunque le falte más de un día o de una hora para cumplirla—. Bien señala Barreda Solórzano, insigne defensor de los derechos humanos: (...) En el Distrito Federal se es menor hasta antes de los 18 años, pero en varios estados de la República se deja de ser menor a edad más temprana. El joven de 17 años de uno de esos estados, al viajar al Distrito Federal ¿se haría inimputable, es decir, el viaje le haría perder su capacidad psíquica de delito? Y al regresar, ¿otra vez sería imputable, esto es, recuperaría, por obra y gracia de su regreso, esa capacidad?<sup>16</sup> De ahí que la medida cronológica es inidónea para decidir la inimputabilidad o la imputabilidad de una persona. Y en igual medida no es apta para derivar la inculpabilidad o la culpabilidad de los menores. Mas aún, cuando la razón de su

---

<sup>16</sup> Luis De La Barreda Solórzano, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., 1998, p. 49.

especial protección legal no radica en la incapacidad que tendrían de ser culpables; sino en el mero hecho de su edad. El que —como referencia objetiva— marca el punto hasta el cual los menores han de recibir un trato diferente para garantizarles su derecho a la igualdad y a la integración social. Lo que si se puede conceder es que hasta cierta edad sea obvio que un menor aún no tenga la suficiente maduración psíquica y social para determinarse libremente en función de su comprensión de la ilicitud penal de la conducta que realice. Eso es cierto de ordinario en los menores de once años de edad. De aquí que devenga razonable que a ellos se les excluya de la citada Ley de Menores Infractores. (Artículos 4° y 6°.) Pero en tal supuesto se trata de la exención de los menores de once años de edad de la aplicación de la referida ley de menores infractores y de la ley penal. Es decir, antes de los once años de edad los menores no pueden siquiera ser considerados como "infractores", menos aún como delincuentes.

Con base en los argumentos anteriores también se ha planteado que debe cambiar la regla actual de eximir de la ley penal a los mayores de once años de edad pero menores de dieciocho, Para instituir en su lugar un régimen de salvedad relativa. Éste se sustentaría en la capacidad concreta de imputabilidad. Por lo que —según ésta propuesta— la sujeción a la ley penal de esos menores<sup>416</sup> dependería de que en el caso concreto tuviesen capacidad de entender la ilicitud penal de su conducta y de decidirse según esa comprensión. Lo que se zanjaría pericialmente en cada evento. Sin embargo, tal argumento vuelve a perder el enfoque por dos razones que se desdoblán en tres motivos igualmente importantes: Primero. Los tratados internacionales vigentes en México contraindican la aplicación del Derecho Penal de adultos a los menores de dieciocho años de edad. Segundo. La razón de la exclusión no estriba en que los menores de esa edad no puedan ser imputables; sino en la necesidad de un trato jurídico diferente más benigno hasta esa edad que se funda en dos garantías: La garantía de igualdad —artículo 1° C. — y la garantía de readaptación social —artículo 18 C. —. **1)** Ello es así debido a que aquella condición amerita medidas preventivas especiales en lugares distintos a los adultos. Esas medidas en espacios diferentes de los adultos procesados o sentenciados tienden a dar la oportunidad a que la persona menor de edad se incorpore con más facilidad a la sociedad. Lo cual todavía es más razonable que suceda —presumiblemente— cuando la condición de la edad favorece ese fin. Lo que a la vez se corresponde con el fin del "sistema penal" en un amplio sentido. Y que prevé el artículo 18 C. **2)** En efecto, el "sistema penal" referido en el artículo 18 C. se le puede entender como el conjunto de medidas de control social que implementa el Estado a través de penas o medidas equivalentes a ellas o que las sustituyan con el fin de promover la vida libre y responsable en sociedad. Y eso es precisamente lo que sucede con el subsistema de menores infractores. ¿Qué necesidad social razonable justificaría entonces que se les juntara con los adultos? Ninguna. Antes bien, se malograría el espíritu de los artículos 1° y 18 C. **3)** Por último, dar a los menores de dieciocho años de edad un trato igual que los adultos, significa internar a aquellos junto a éstos. Tan en prisión preventiva, como cuando cumplan una pena de prisión. Es obvia la acentuación de la contaminación criminógena que eso significaría para el menor perjudicando el sano desarrollo de su incipiente personalidad. Una medida así, lejos de facilitar su adaptación social la haría más difícil, sin descontar la extraordinaria desventaja que significaría su edad en el mundo de los presos mayores.

---

<sup>416</sup> En esa propuesta también se plantea cambiar los extremos de las edades: En vez de diez años que sean doce. Y, quizá con menos frecuencia, que en lugar de dieciocho años que sean dieciséis.

Ahora bien, ese trato distinto —aunque más benigno en apariencia— es análogo si no igual en muchos casos a las medidas que el sistema penal implementa para los mayores de dieciocho años de edad. Así, el artículo 37 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal faculta al Consejo para que ordene que el menor permanezca a su disposición en los centros de diagnóstico mientras dura el procedimiento. Y sin duda que esa es una medida que en sus consecuencias de privación de la libertad es equivalente a la prisión preventiva. Como ese artículo también faculta al Consejo para que una vez que dicte resolución definitiva en la que se acredite la infracción: *“el menor pase a los centros de tratamiento interno”*. En tanto los artículos 112 y 115 prevén, precisamente: *“que se pueda aplicar al menor la medida de tratamiento interno en esos centros”*. Al igual que el artículo 118 prevé: *los “establecimientos especiales para la aplicación de un tratamiento intensivo (sic)”<sup>417</sup> y prolongado respecto de los menores que revelen alta inadaptación y pronóstico negativo”<sup>418</sup>*. Medidas que, ciertamente, equivalen en sus consecuencias a la privación de la libertad que se impone a los adultos mediante la pena de prisión. De aquí que —en realidad— muchas de las medidas aplicables a los menores infractores puedan ser —y sean— sustancialmente iguales a las que prevé la ley penal. A tal grado que bien se podría hablar de un Derecho Penal de Adultos y otro de Menores. Lo cual —por cierto— reduce los márgenes del sistema vicarial, que separa las vías jurídicas por las cuales transcurren las penas y las medidas de seguridad. Más precisamente todo ello es lo que también apuntala la idea de que el Derecho de Menores Infractores deba cercarse con los mismos límites —sustanciales y formales— que circundan al Derecho Penal, al Procesal Penal y al Ejecutivo Penal. Porque una cosa es rodear al Derecho de Menores Infractores con los lindes que se imponen al Derecho Penal en amplio sentido. Y otra muy distinta la es, que a los menores se les debiera juntar con los adultos debido a que hayan sido culpables al realizar su conducta típica y antijurídica. Así, las mismas medidas de “tratamiento interno” que se aplican a los menores ya implican de por sí un límite nuevo al poder punitivo del Estado. En cuanto separan al menor en lugares totalmente distintos a los de reclusión de los adultos. Además de que —en muchos aspectos— sujetan a los menores a un trato que es diferente y más benigno del que se dispensa a los adultos. A la vez que fungen como vehículos mediante los que se promueve la incorporación social del menor. Mas en éste último aspecto, aunque el trato difiera en virtud de la edad, el fin de las medidas para los menores infractores es el mismo que el fin de la pena: La reincorporación social. Si a ese fin se le llama “adaptación” o “readaptación” social, tal cambio de nombres en nada quita la esencia de aquél: El que se favorezca la integración digna y responsable de la persona a la sociedad. Coincidiendo así con el fin del sistema penal que se desprende del artículo 18 C.

Todo lo anterior implica entonces que la aplicación de las medidas a los menores infractores al igual que su ejecución, no pueden ser ajenas al principio de legalidad y a la garantía de seguridad jurídica de los artículos 14 y 16 C. Y con mayor razón, que sería atentatorio de garantías que al procedimiento para llegar a esas medidas se le sustrajese de esas garantías.

---

<sup>417</sup> El (sic) naturalmente es mío.

<sup>418</sup> ¿Cuáles serían los criterios para decidir que hay “alta” inadaptación, es decir, que no sea “baja” o “media”? Y ¿cuáles son las bases para decidir un pronóstico “negativo”, aparte de la “alta” inadaptación?

Ello es así porque el procedimiento de menores infractores y las medidas que de él se derivan para ellos aparejan la restricción o incluso la privación de su libertad y de otros derechos personales y de familia. Y aunque la fungibilidad de esas medidas y sus límites temporales puedan marcar otras diferencias con el Derecho Penal de los adultos, el sustrato material de muchas de ellas es igual al de las penas y sus substitutivos penales que se imponen a los últimos. El nombre y los adjetivos que se les dé a las medidas de prevención especial para los menores —sea cual sea ese adjetivo, “tutelar”, de “protección”, etc. — en nada cambia su naturaleza penal cuando ellas se traducen en afectaciones a la libertad del menor. Lo mismo que las medidas cautelares durante el procedimiento que tengan la misma calidad sustancial que las penales, seguirán conservando intacto tal atributo aunque se les llame de manera distinta. Y la necesidad del trato diferente a los menores no debe aparejar la bizarría de trastocarlo contra sus garantías; en vez de que, respetándolas, se le brinde especial apoyo. Y eso sólo es plausible si es que se prueba su infracción —prevista en un tipo penal— en un procedimiento en el que se cumplan las formalidades esenciales de audiencia, de defensa y de prueba; y de que, además, se ejerzan a su favor en un sistema que separe en órganos independientes entre sí —y equilibre a la vez— las funciones de quienes les incumba imputarle la infracción y juzgarla.

Por las mismas razones, esas medidas sólo pueden legitimarse si obedecen a que el menor realizó una conducta que la ley tipifique como delito, la que se deberá probar en el debido proceso legal.

Con base en lo dicho, respecto al ámbito sustantivo del Derecho de Menores Infractores es conveniente precisar dos puntos:

**Primero.** La valoración de las llamadas “infracciones” de los menores es —o debe ser— idéntica a la valoración de la conducta típica de los adultos. Tal garantía de seguridad jurídica se deduce tan del artículo 14 C., como de los mismos preceptos de la ley de menores infractores; al igual que de los motivos y las razones por lo que se niega la aserción de que los menores de dieciocho años de edad y mayores de once sean inimputables por ese sólo motivo. Ello trae como consecuencia que para que sea “infracción” la conducta de un menor, es preciso que ella se ajuste a la del tipo penal de un delito. Y, por ende, que el ajuste de aquella conducta comprenda tan el aforo objetivo-valorativo del tipo, como su carácter subjetivo. De la que se pueda afirmar que el menor realizó una conducta con conocimiento y voluntad de realizarla en las condiciones que describa el supuesto legal de hecho del tipo penal delictivo. De ello se sigue que la conducta del menor que se considere como “infracción”, en el caso concreto debe ajustarse a todos los elementos del tipo penal. Porque si falta alguno de ellos la conducta del menor no podrá estimarse como típica y, por ende, se le debe excluir de cualquier medida de seguridad. Será pues insuficiente analizar nada más la adecuación material-causal. Porque un proceder así apareja desnaturalizar el examen de la conducta que se estime como “infracción”. De aquí que sea preciso, además, que se vea la valoración de la conducta del menor como una conducta objetivamente prohibida y típicamente relevante, así como su adecuación subjetiva al tipo penal.<sup>419</sup>

**Segundo.** Las causas de justificación, las de inculpabilidad y aún las de no-responsabilidad se deben tomar en cuenta a favor del menor aunque en un primer estrato su conducta se valore como “infracción”. En efecto, el

---

<sup>419</sup> Ver al respecto los CAPÍTULOS DÉCIMO Y DÉCIMO PRIMERO.

que se diga que los menores no pueden cometer delitos, sino “infracciones”, no legitima que se dejen de lado las causas que impidan la antijuridicidad de la conducta de un menor o que le tomen inculpable o no-responsable en un caso concreto. Y ello es así, porque sería un contrasentido que se sostuviera que en tales eventos el menor requiere de medidas de prevención especial, si, precisamente, se condujo conforme a Derecho o de manera inculpable o cuando por las circunstancias de realización del hecho falta la necesidad de la medida preventiva. Por ejemplo: si se acredita que el menor actuó en legítima defensa o por temor fundado de un mal grave cierto o que razonablemente se prevea como cierto, o bien cuando la culpabilidad sea marginal debido a circunstancias extraordinarias que evidencien que cualquier medida preventiva trasgrediría el principio de proporcionalidad. Finalmente, al menor sólo se le debe imputar la infracción si es que se justifica su actitud contraria a la ley penal cuando cometió el hecho y, además, la medida de seguridad —al menos la que sea de carácter sustancialmente penal— en el caso concreto se represente como racionalmente indispensable para facilitar, precisamente, una adaptación social digna.

**C. Los inimputables en virtud de atraso o trastorno mental permanente y los que tienen incapacidad procesal por igual motivo.** En México por regla general todas las personas a partir de los dieciocho años de edad cumplidos son iguales ante la ley penal. Sin embargo, de la propia ley se derivan excepciones, pues con independencia de la edad están las medidas de seguridad a los inimputables por virtud de atraso o trastorno mental permanente que incurran en un hecho antijurídico tipificado en la ley penal. Y, asimismo, para aquellos que sin estar en aquél supuesto, caigan en un trastorno mental permanente después del delito cuya comisión se les imputa, que les impida comprender la naturaleza del enjuiciamiento, bien sea que el trastorno se dé antes del proceso o durante el mismo y antes de la sentencia. Todo ello puede dar lugar a que en vez de un proceso penal normal y de las medidas precautorias de índole personal que se aplican dentro del mismo proceso penal y en su caso, de la pena de prisión, se siga un procedimiento especial y en su oportunidad, de acreditarse el hecho se apliquen las medidas de seguridad que sean necesarias al inimputable o incapaz procesalmente con atraso o trastorno mental permanente.<sup>420</sup> Dentro de esas medidas de seguridad, entre otras limitaciones a la libertad, están el internamiento en pabellón o en institución psiquiátrica. (Artículos 67 a 69-Bis del CPF y 495 y 496 del CFPP, 5, 33, 62 a 66 del CPDF, 10, 147 a 150 del CPC y 672 a 678 del CPPC.) Consecuencia aquella —el internamiento— que en nada se diferencia a la prisión preventiva ni a la pena de prisión. Sin embargo, además de que quien sufre el atraso o trastorno permanente, al momento de la conducta era incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de decidirse de acuerdo con esa comprensión —lo cual le volvía inculpable— y de que el incapaz procesalmente esté imposibilitado de comprender la naturaleza del enjuiciamiento en virtud del trastorno mental que le sobreviene después de su conducta presumiblemente delictuosa —bien sea antes o durante el proceso—, la otra razón de un trato diferente a los inimputables o incapaces procesalmente por atraso o trastorno mental permanente es la misma que para el Derecho de Menores Infractores: ella estriba en la garantía de igualdad según se ha explicado en los dos apartados

---

<sup>420</sup> Habrá que distinguir aquí a quienes sufre un trastorno mental permanente de quienes lo padezcan transitoriamente, incapacitándolos en ambos casos para comprender la naturaleza penal de su conducta o para decidirse según esa comprensión: A los primeros se les aplican medidas de seguridad —siempre y cuando se satisfagan ciertas condiciones que ameriten la aplicación de esas medidas—, mientras que a los segundos se les absuelve.

precedentes, ya que se trasgrediría a esa indemnidad si de entrada se tratara igual a los evidentemente desiguales.

Así pues, la circunstancia de que quién cometió el hecho padezca de un atraso o trastorno mental permanente que le impidió entender la ilicitud del hecho o de decidirse de acuerdo con esa comprensión o bien que tal perturbación le imposibilite comprender sus derechos o las consecuencias del proceso penal (todo lo cual implica los peritajes necesarios que así lo prueben), no excluye en lo absoluto la exigencia de que se pruebe que aquél realizó una conducta antijurídica que la ley tipifique como delito. Por ello, se le debe excluir de cualquier medida asegurativa de haber concurrido alguna causa de justificación al realizar la conducta típica. Y lo mismo se debe decir cuando falten las condiciones para estimar que hubo conducta objetivamente típica e incluso si acaso al realizarla concurrieron algunos motivos que de haber estado la persona libre del trastorno se hubiere declarado la falta del tipo subjetivo o la inculpabilidad. Esto sólo lo reconoce expresamente el último párrafo del artículo 10 del CPC, pues aunque la persona hubiese actuado inimputablemente le favorecerá cualquier causa que: *“de haber actuado sin el trastorno, excluya el carácter típico, antijurídico o culpable de la conducta”*. Ante lo cual cabría preguntarse: ¿Cómo es posible que aún siendo inimputable quien sufría de trastorno mental permanente al realizar la conducta, él hubiese actuado al amparo de alguna excluyente distinta a la misma inimputabilidad? El temor fundado por ejemplo, es decir, cuando el inimputable se hubiere allanado a ejecutar una conducta objetivamente típica bajo el influjo de aprensión que se fundó en un mal real y grave que era actual o inminente, o de realización razonablemente cierta y en virtud del cual lesionó un bien de menor o igual valía del cuya afectación quiso evitar con su sometimiento. O incluso cuando sabiendo lo que hacía —aunque sin poder comprender su alcance ilícito o de decidirse de acuerdo con esa comprensión— hubiere actuado bajo un error de tipo, o cuando se dio en su contra una agresión real o las circunstancias (fácticas) hubiesen representado —ex-ante— una agresión, la que realmente era inexistente y que le motivó a actuar en defensa de sí mismo o de otros dentro de los límites objetivamente racionales, o cuando aquél se excedió en una defensa con base justificante, pero que sea disculpable por haber sido mínimo el exceso y dadas las circunstancias difícilmente se le podría haber exigido otro comportamiento de haber sido imputable.

Por lo demás, las garantías procesales penales también deben operar para los inimputables con atraso o trastorno mental permanente al igual que a favor de aquellos con incapacidad procesal por aquél motivo, aunque con ciertas modulaciones. En efecto, todo ello conlleva a una regla general en el ámbito procedimental del CFPP y el CPPC con relación a aquellas personas: El procedimiento que de manera escueta regulan el CFPP (artículos 495 a 502) y el CPPC (artículos 672 a 678), se debe ajustar por los jueces a las garantías esenciales de que disfruta todo inculgado imputable antes y durante un proceso penal pero con ciertas peculiaridades, principalmente con relación a las medidas de internación provisionales y definitivas, las que no pueden —o no deberían— seguir el mismo patrón que las reglas para la detención, la prisión preventiva y la pena de prisión para los imputables o capaces procesalmente. El CFPP y el CPPC no señalan en qué debe consistir el “motivo fundado” para el “internamiento provisional” a que se refieren los citados códigos procedimentales para aquél efecto. Sin embargo, además de la prueba de que el incapaz realizó el hecho antijurídico que objetivamente prevea un tipo penal, debe acreditarse al menos presuntamente que el trastorno

mental que padece el enfermo lo incline al uso de la violencia extrema contra sí o contra otros según dictámenes psiquiátricos que aconsejen su internamiento durante el procedimiento para su inmediata atención y a la vez, proteger a otras personas de las tendencias de violencia de quien padece el trastorno, lo cual se debe decidir con independencia de que el hecho —de haber sido delito— se califique por la ley como grave o no grave, ya que la prueba del hecho antijurídico y la peligrosidad grave derivada del padecimiento es lo que ameritaría desde luego la provisional internación terapéutica durante el procedimiento; y en su oportunidad, de continuar en la misma situación al concluir el mismo —y sólo si se acreditó el hecho— el internamiento “definitivo” como medida de seguridad curativa si acaso la situación de peligrosidad todavía se justifica. Frente a la postura laxa del CFPP y el CPPC —de no hacer referencia expresa a las garantías del procedimiento— parecieren colocarse en el otro extremo los artículos 5 y 62 del CPDF, el último artículo citado señala sin más que: *“...el juzgador dispondrá de la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad, previo el procedimiento penal respectivo”*. ¿Significa esto que —al menos al inimputable por atraso o trastorno mental permanente— se le debe seguir el mismo procedimiento penal que se regula para quienes no padezcan dicho trastorno? Pareciere ser que sí. Pero aquí cabría preguntar: ¿Realmente ese procedimiento penal podría ser exactamente igual al de una persona inculpada sin trastorno mental? ¿Acaso aquella persona estaría en condiciones de defenderse por sí misma? ¿Y acaso, por ejemplo, sería correcto hacer depender el internamiento provisional en la clasificación del hecho como si hubiese —o no hubiese— sido delito grave y ello con independencia de la opinión pericial que aconseje o desaconseje dicho internamiento con base en consideraciones de la peligrosidad del sujeto que se sustente en la propensión de actos de violencia en contra de sí mismo o con relación a otros o la falta de dicha propensión? La duda se despeja en parte con lo que prevé el artículo 5-párrafo-segundo del nuevo CPDF que dispone: *“...que la necesidad [de aplicación de las medidas obedezca]... a los fines de prevención del delito que con ellas pudieran alcanzarse”*. Pero aún así y con independencia de que aquella previsión se refiere a las medidas que se impongan previo el procedimiento respectivo y no durante el mismo; para los inimputables por atraso o trastorno mental permanente —o por éste último motivo con incapacidad procesal— vale por igual y en cualquier caso lo antes dicho para los menores infractores, en cuanto que la necesidad del trato diferente de acuerdo con sus condiciones personales de desventaja no debe aparejar la incongruencia de trastocarlo contra las formalidades esenciales del procedimiento. Y eso sólo es plausible si es que se prueba su conducta antijurídica prevista en un tipo penal en un procedimiento en el que se cumplan en favor del inimputable o incapaz las garantías de audiencia, de defensa y de prueba —a través del mismo defensor— y las que se ejerzan en un sistema que separe en órganos independientes entre sí —y equilibre a la vez— las funciones de quienes les incumba imputarle la conducta típica y declararla, además de la prueba no sólo del hecho objetivamente típico y antijurídico y del atraso o trastorno mental permanente que volvió a la persona inimputable y/o incapaz procesalmente, sino de la peligrosidad que el padecimiento implique para el incapaz o para los bienes jurídicos de otros que amerite la medida de seguridad curativa correspondiente. De esta manera cabe reflexionar lo mismo que se hizo respecto al CFPP y el CPPC, no debieren aplicarse los criterios legales para la prisión preventiva aunque se pruebe que la ley clasifica como “grave” el hecho que la ley tipifica como delito, porque con independencia de ello, lo esencial tan para el internamiento “provisional” y en su caso para la aplicación de una medida de seguridad de

igual índole, es que —además de la prueba del hecho objetivamente típico y antijurídico— se acredite pericialmente que el trastorno mental que padece el inimputable lo orille al uso de la violencia extrema contra sí o contra otros.

Finalmente, por lo que concierne a la duración de las medidas de seguridad curativas aplicables, estas no deben exceder con aquél carácter —y en función del hecho cometido— del máximo que correspondería a la pena privativa de libertad respecto de ese hecho de haber sido delito, tal como lo señalan los artículos 69 del CPF, 66 del CPDF y 150 del CPC. Pero sin que ello tampoco apareje que si el enfermo aún continúa en esa condición cuando concluya el tiempo máximo, el Estado deba abstraerse de su deber de asistencia en correspondencia al derecho a la salud del enfermo que se consagra en su beneficio como garantía individual en el artículo 4° de la C.; por lo que en estos casos sólo quedaría a discusión si la curación debiese seguir intentándose con internamiento en pabellón o institución psiquiátrica. Esa posibilidad está implícita en la previsión de los artículos antes señalados, de que una vez que se cumpla el límite de duración de la medida de seguridad, si fuere necesario continuará el tratamiento a cargo de las autoridades de salud, con la salvedad de que —críticamente— el CPDF sólo admite tal posibilidad cuando el enfermo no tuviere familiares. De cualquier manera, en el supuesto de la prolongación de un internamiento curativo en aquél contexto, éste deberá sustentarse siempre en previa decisión judicial que se base en los peritajes conducentes que no dejen duda de su necesidad para la curación o asistencia del enfermo y en la revisión periódica del estado clínico del mismo según los baremos ya dichos.

**D. La inviolabilidad parlamentaria.** La misma Constitución establece situaciones especiales en las que determinadas personas reciben un tratamiento diferenciado por parte de la ley penal, mismo que se da en función del cargo que ocupan. Tales situaciones se corresponden con las "inviolabilidades". Y sólo en cierta medida con las discutibles "inmunidades". La inviolabilidad equivale a la *ausencia de responsabilidad penal*. Las personas que gozan de inviolabilidad en función de su cargo, no responden penalmente de ciertos actos en el ejercicio de esa función, pese a que puedan ser constitutivos de delito. El artículo 61 C. establece que: "*Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el desempeño de sus cargos y jamás podrán ser reconvenidos por ellas*". Esa prohibición se prevé también en el artículo 11. 2 de la Ley Orgánica del Congreso de la Unión.

Lo primero que conviene notar es que la inviolabilidad de los diputados y senadores sólo se extiende a determinadas actuaciones. Esto es, a las opiniones que ellos manifiestan *en el desempeño de sus cargos*. Y respecto de las cuales se excluye la responsabilidad penal en caso de que esas opiniones constituyeren un delito. No se trata pues de que no puede ser punible cualquier acto que realicen los diputados o senadores en el ejercicio de su función. Ni tampoco se trata de los actos en sí nada más. Sino sólo de ciertos actos que se realizan en el desempeño del cargo. Pues la inviolabilidad sólo cubre a las opiniones que aquellos manifiesten en el ejercicio de sus cargos. El acto protegido con su inviolabilidad ha de ser, pues, una opinión y la opinión han de darse en el ejercicio del cargo. En tal sentido la inviolabilidad parlamentaria se orienta a la protección de la función legislativa. Y la pretensión es que los parlamentarios puedan manifestarse con absoluta libertad

en el ejercicio de su cargo y sin temor a verse sometidos a un proceso penal, incluso si el contenido de la opinión fuera susceptible de calificarse como delito de injurias, amenazas, difamación o calumnias, etc. El origen histórico de esta institución se sitúa en la necesidad de proteger a los primeros Parlamentos frente a las intromisiones de los otros poderes. Así, tal protección aparece desde el *Bill of Rights inglés* cuya declaración IX establece que: "las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento".

La cuestión es importante, pues aun cuando se ha dicho que hoy ya no cabe esperar intromisiones por parte del Ejecutivo; la verdad es que tan el Poder Ejecutivo —por medio de la Procuraduría General de la República o de las equivalentes del Distrito Federal o de las entidades federativas—, como el mismo Poder Judicial, podrían condicionar el libre ejercicio de la función legislativa si acaso la inviolabilidad de los parlamentarios por sus opiniones no se mantuviese o se concibiese de manera limitada. De todo ello se sigue que la inviolabilidad parlamentaria no tiene más límites que los que se derivan de la misma C. Y de acuerdo con ella, la ausencia de responsabilidad penal alcanza a todas las opiniones de los diputados y senadores en el ejercicio del cargo. Ahora bien, la voz "opiniones" parecería referirse a las expresiones sobre hechos cuestionables. Pero según ese entendimiento los adjetivos con los que se califique a un hecho no serían punibles, pero sí lo sería la falsedad del hecho mismo que se impute a otro, como sería la imputación falsa como delito de un hecho que no lo es. Sin embargo, esa interpretación de la expresión "opinión" pasa por alto la razón de la protección y el contexto en el que se da. Además, deja sin contornos precisos a la inviolabilidad, pues la hace depender del empleo de adjetivos, cuando en verdad una "opinión" puede incluir a los hechos y a las calificaciones acerca de esos hechos. Donde sí no cabe la inviolabilidad es cuando la "opinión" se da fuera del ejercicio de la función parlamentaria. En este sentido la función parlamentaria de los diputados y senadores es la que la C. le otorga al Congreso de la Unión en su artículo 75, el cual se relaciona con los artículos 63 a 71 de la C. que regulan el "funcionamiento" del Congreso en las Cámaras, en Pleno y por Comisiones. Por lo tanto, aunque cabe hablar de otras atribuciones que pueden tener los diputados y senadores, sólo quedan en el ámbito de la inviolabilidad las opiniones que los parlamentarios expresen en el ejercicio del cargo, es decir, las emitidas con motivo de su actuar dentro del funcionamiento del Congreso en las Cámaras, bien sea en el Pleno o en las Comisiones, según se regulé aquél en las leyes correspondientes. La SCJN expresó su criterio en tal sentido en la tesis siguiente:

**INMUNIDAD LEGISLATIVA. OBJETO Y ALCANCES DE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 61 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** Según se desprende de la interpretación del artículo 61 constitucional, que dispone que: "Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas. El presidente de cada Cámara velará por el respeto al fuero constitucional de los miembros de la misma y por la inviolabilidad del recinto donde se reúnan a sesionar"; el interés a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad o inmunidad legislativa es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias, decayendo tal protección cuando los actos -las manifestaciones- hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano, fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como legislador, por lo que puede afirmarse que el ámbito de esta protección se delimita por la suma de tres condiciones: a) sólo opera a favor de diputados y senadores; b) por las opiniones; y, c) que manifiesten en el desempeño de sus cargos. Así, la inviolabilidad dispensa al legislador una protección de fondo, absoluta, llevada al grado de irresponsabilidad, perpetua por cuanto que sus beneficios no están sujetos a período alguno; de tal suerte que prácticamente lo sitúa en una posición de excepción, en todas aquellas circunstancias en que éste ejerce su función de representante público, pues automáticamente opera una derogación, es decir, una pérdida de vigencia y eficacia de los preceptos constitucionales que imponen a los poderes públicos el deber de responder a sus propios actos y de los que garantizan a todos los ciudadanos una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, lo que obliga al gobierno y a los particulares a soportar las manifestaciones que viertan en su contra los legisladores, aun cuando subjetivamente puedan considerarlas difamatorias. En consecuencia, la protección a los legisladores

sólo por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos refrenda el objetivo de la mencionada garantía, o sea, resguardar al ejercicio del Poder Legislativo, pues aquellos lo realizan y hacen de la palabra -del discurso- el instrumento motriz y la forma privilegiada para ejercer su función pública.<sup>421</sup>

Todo ello conduce a acotar temporal y espacialmente el ejercicio de la función parlamentaria dentro del cual la opinión del parlamentario es inviolable. Es claro que la inviolabilidad se da cuando y mientras las Cámaras se reúnen válidamente en Pleno o en Comisiones y el diputado o el senador intervengan en ellas. ¿Mas será ese el único ámbito en el que, con arreglo a la Constitución, opera la inviolabilidad? Creo que sí, salvo aquellos actos exteriores de las cámaras que con base en la ley reproduzcan un acto parlamentario. Ésta salvedad se desprende del criterio de la SCJN que se transcribió. Y ella es coherente con el fundamento de la inviolabilidad, que es el de que se proteja la institución y las funciones de quien se desempeña como parte de tal; sin que pueda extenderse a las actuaciones de los parlamentarios fuera de dicho ámbito, como con frecuencia se cree de manera errónea.

Ahora bien, resta determinar si: ¿es causa personal de exclusión de la pena la inviolabilidad parlamentaria aunque con base en la protección de la función? ¿O si bien si ella es causa de justificación? La primera postura significa que si la opinión en la Cámara de un diputado o senador es contraria a Derecho —por ejemplo, injurias al Presidente de la República— tal carácter se mantiene aunque el hecho no amerite pena. Y, asimismo, que a una idéntica manifestación verbal se le perseguiría penalmente —por mantener su carácter ilícito y punible— si se le pronunciase fuera de la Cámara. Por su lado, la segunda postura parte de una concepción distinta: El “ejercicio de la función” se circunscribe al ámbito temporal o espacial de la misma, y se limita a los actos adecuados y necesarios para el desempeño de la labor del parlamentario. Si dentro de esos ámbitos se expresa una opinión lesiva a otro, se actuará con causa justificada. Las criticables consecuencias de una postura así las resumen Francisco Muñoz Conde y Mercedes García del modo siguiente: “...a) todo aquello que suponga exceso en el repetido ejercicio de la función, no puede verse amparado por la inviolabilidad; b) si lo amparado por la inviolabilidad es sólo lo “adecuado y necesario”, coincide con los supuestos en que, de todas formas, resultaría preponderante la libertad de expresión y, por tanto, la conducta estaría en todo caso justificada; y c) si lo amparado por la inviolabilidad son sólo actos ya justificados por el ordenamiento, nos encontramos ante una institución superflua e innecesaria”.<sup>422</sup> Y los autores ibéricos —refiriéndose a España— agregan: (...) En la tercera conclusión del planteamiento recogido se contiene el argumento que impide suscribirlo: la institución constitucional de la inviolabilidad está prevista para algo y ese algo no es otra cosa que proteger absolutamente el funcionamiento de las Cámaras y permitir que, en sus reuniones, los parlamentarios se expresen con absoluta libertad e incluso se excedan, sin temor a que sus manifestaciones se vean sometidas a un juicio de ponderación o de la adecuación que por *definición* se mueve en terrenos resbaladizos y manipulables. Piénsese en lo que supondría para la actuación parlamentaria que todas las manifestaciones verbales de Diputados y Senadores se encontraran sometidas, por ejemplo, al complicadísimo y discutido conflicto entre el honor y la libertad de expresión. (...) En todo caso, los posibles excesos verbales de los parlamentarios se encuentran limitados por el deber de cortesía parlamentaria y

<sup>421</sup> Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: S. J. F. y su Gaceta. Tomo: XII, diciembre de 2000. Tesis: 1a. XXX/2000. Página: 245. Materia: Constitucional. Tesis aislada. Amparo en revisión 2214/98. Ramón Sosamontes Herreramor y otro. 24 de mayo de 2000. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

<sup>422</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p 197.

pueden ser objeto de la potestad disciplinaria interna de las Cámaras mediante la *llamada al orden*, la cual es pertinente precisamente si se profieren palabras ofensivas para cualquier persona o institución (Art. 103 del Reglamento del Congreso y Art. 101 del Reglamento del Senado.) (...) Dicha potestad disciplinaria interna complementa la renuncia del Derecho penal a intervenir en dicho ámbito.<sup>423</sup>

En suma, la C. no establece límites al contenido de las expresiones de los parlamentarios que realicen durante el ejercicio del cargo. Pero ella sí enmarca la prerrogativa al ámbito temporal y espacial del funcionamiento de las Cámaras actuando en Pleno o en Comisiones o en actos que formalmente reproduzcan el funcionamiento de esos órganos fuera de los recintos parlamentarios. Las opiniones de los parlamentarios que se den en ese contexto son el objeto de esa especial protección. De ello se sigue, además, de que debido a que no opera como causa de justificación la circunstancia de que un diputado o senador injurie o calumnie en ejercicio de sus atribuciones, sí quepa —al menos en teoría aunque difícilmente concretable— la defensa legítima en contra de esa injuria o calumnia. Más aún cuando ante ellas está la potestad disciplinaria interna de las Cámaras mediante la llamada al orden, la cual es pertinente precisamente si se profieren palabras ofensivas para cualquier persona o institución. (Más si aún así, si el senador o diputado persistiesen en su conducta ofensiva, difamatoria o calumniosa, nada empecería para que, por ejemplo, en legítima defensa se pudiese desconectarles el micrófono.) Así mismo, cabe la punibilidad del inductor y del partícipe. (Artículos 13-V-VI del CPF, 22-IV-V del CPDF y 20-III-IV del CPC.) Y, en su caso, la excusa por compensación de injurias provocadas. (Que refiere el artículo 401 del CPC.) Tales actos pues, les falta el atributo de la punibilidad, pero tampoco serían lícitos; sino, por el contrario, típicos, antijurídicos y culpables con todas las consecuencias legales meta-penales que se pueden atribuir al autor.

**E. La inmunidad parlamentaria.** Ahora es preciso distinguir con claridad lo que significa una inviolabilidad (irresponsabilidad o impunidad) y a la cual se le conoce también como «fuero constitucional» de lo que implica una "inmunidad" y a la cual igual se le confunde con tal «fuero constitucional». La primera (inviolabilidad, irresponsabilidad o impunidad) es una institución penal que —como afirma Sergio García Ramírez—: *"entraña una sustracción de la conducta (toda o parte de ella) del inviolable a la ley penal misma"*. Y él agrega: (...) Por su lado, la inmunidad es cuestión eminentemente procesal, en cuanto no se exime a alguien de la ley penal, que aquí conserva toda su fuerza, sino simplemente se erige un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción".<sup>424</sup> Así pues, la inmunidad es meramente un obstáculo procesal por el que se establecen determinadas condiciones extraordinarias para procesar penalmente a una persona mientras se encuentre investida de cierto cargo. El cumplimiento de esas condiciones —como lo apunta Soler—: implica "un antejuicio".<sup>425</sup> Por ende, la inmunidad es sólo un impedimento temporal para que se ejerza la jurisdicción respecto de ciertos servidores públicos mientras no se den ciertos actos no jurisdiccionales, como su destitución o el desafuero mediante juicio político, o la separación de encargo a través del procedimiento de declaración de procedencia en materia penal. O bien hasta en tanto se concluya el encargo. Por lo general, la inmunidad se otorga por la C. a ciertos

---

<sup>423</sup> Ibidem.

<sup>424</sup> Sergio García Ramírez, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, p. 91.

<sup>425</sup> Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*,... op. cit., T. I, p. 191.

servidores públicos de alta jerarquía. Ellos pueden cometer delitos y ser penalmente responsables. Y en tal sentido la inmunidad —como privilegio procesal— no importa una limitación al imperio de la norma penal misma con relación a esas personas. Correspondiendo su análisis más al Derecho Constitucional y Procesal que al Penal. A los efectos expuestos, es ilustrativo el siguiente criterio de la SCJN:

**INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y FUERO CONSTITUCIONAL. SU APLICACIÓN CUANDO SE TRATA DE RESPONSABILIDAD PENAL Y DE RECLAMACIONES CIVILES QUE SE IMPUTAN A UN DIPUTADO FEDERAL.** El artículo 61 de la Constitución Federal consagra la figura de la "inmunidad parlamentaria" como una garantía otorgada a los diputados federales y senadores, sólo por lo que hace a las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, a grado tal que nunca podrán ser reconvenidos por ellas; mientras que el diverso artículo 111 de la propia Carta Magna, contempla la institución del "fuero constitucional", bajo la denominación actual de declaración de procedencia, como una garantía de carácter procesal, otorgada a diversos funcionarios públicos expresamente enunciados, entre ellos, los diputados y senadores. De ahí que, aunque son conceptos distintos, existe la posibilidad de que en materia penal se presente la conjugación de ambas figuras, precisamente en el caso de que un diputado federal atribuyera a una persona un hecho que puede ser constitutivo de delito, supuesto en el cual para proceder contra aquél, primeramente habría necesidad de hacer la declaración de procedencia prevista en el artículo 111 constitucional y después determinar si se está o no en el caso de la inmunidad a que se refiere el artículo 61 en cita. En cambio, si la imputación de ese hecho sólo puede generar afectación en derechos de orden civil del congresista, únicamente debe atenderse a la figura de la inmunidad sustantiva y, por ende, el fuero constitucional es totalmente ajeno; conclusión que se refuerza con el contenido del octavo párrafo del mencionado artículo 111, introducido mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, sin mayor virtud que la de refrendar con ánimo clarificador lo ya dicho en el primer párrafo de ese numeral a propósito de la necesidad de declaración de procedencia en materia penal. Esto es si en el primer párrafo se estableció desde el origen de la actual Ley Fundamental, que ese requisito era necesario en materia penal, obligado era deducir que no abarcaba a la materia civil; pero conforme al octavo párrafo, del artículo 111 referido, desecha cualquier resquicio de que también rige para la materia civil, pues categóricamente y sin ambages así lo declara. En consecuencia, si la reclamación jurisdiccional que se endereza contra un diputado federal es de índole civil, exclusivamente debe ponderarse el fuero-inmunidad a que se refiere el artículo 61 constitucional, sin tomar en consideración el fuero de procedibilidad consagrado en el artículo 111 constitucional; lo que no implica que exista impedimento para demandarlo en la vía civil por actos que realice como particular, ajenos a su encargo o al quehacer parlamentario.<sup>426</sup>

El Título Cuarto de la C., denominado: "De las responsabilidades de los servidores públicos", es el que regula las inmunidades, al señalar quiénes están protegidos de la perseguibilidad por sus conductas probablemente delictuosas, mientras no se les separe o suspenda en el encargo. O mejor dicho, respecto de quienes previamente se debe seguir por el Congreso la destitución por juicio político o un procedimiento de declaración de procedencia en materia penal. Y sin los cuales, mientras duren en sus cargos están amparados respecto al ejercicio normal de la jurisdicción penal. Empero, la inmunidad no impide la integración de la averiguación y ni siquiera —en estricto rigor técnico— el ejercicio de la acción penal, sino que la inmunidad sólo limita el ejercicio de la jurisdicción a los efectos del proceso.

Por último, no es ocioso agregar que en México apenas se inicia la tendencia de suprimir a la inmunidad de nuestro sistema constitucional.<sup>427</sup> No obstante, la supresión sin más de la inmunidad es desaconsejable en un país en transición y sin larga experiencia democrática donde todavía existe el peligro que la persecución penal se motive por fines políticos. Lo que parece deseable es un camino intermedio, es decir, que se pudiera acotar la inmunidad; el problema son los criterios que habrían de tomarse en cuenta para esa limitación. En primer lugar, en función de realmente preservar el correcto ejercicio del servicio público, ya sea del órgano colegiado o unipersonal de los tres poderes y de los organismos constitucionales autónomos, cuando se advierta que el trasfondo de la acusación es para alterar el equilibrio político en el funcionamiento de la institución. En segundo lugar, por los mismos motivos evitar que las acusaciones tengan más la intención de desprestigiar

<sup>426</sup> Novena Época Instancia: Primera Sala. Fuente: S. J. F. y su Gaceta; Tomo: XII, diciembre de 2000. Tesis: 1a. XXVII/2000. Página: 248. Materia: Constitucional, Tesis aislada. Amparo en revisión 2214/98. Ramón Sosamontes Herreramoro y otro. 24 de mayo de 2000. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

<sup>427</sup> En el Estado de Chiapas en el año de 2001 se reformó la C. local en ese sentido.

políticamente al partido al cual pertenece el servidor público, que el que naturalmente se da en función de la acusación penal de que es objeto la persona. A esos criterios parecería que debieran atender en un primer momento las normas que se creasen para decidir la declaratoria de procedencia penal y no emitirse sólo con relación a la suficiencia de los méritos jurídicos de la acusación en caso de dejarse al servidor público en manos de la jurisdicción. Así, el fin de la inmunidad parlamentaria no sería tan sólo la protección de los diputados o senadores y demás altos funcionarios frente a la eventual insuficiencia de una causa para ejercitar la acción penal, sino que habría de concebirse como una protección para el funcionamiento adecuado de las instituciones frente a la presunta instrumentalización política hostil de la vía penal en su contra. Los datos objetivos para decidir lo anterior pueden ser fáciles en muy pocos casos y muy difíciles en muchos otros. Un indicador objetivo sencillamente determinable sería cuando, de prosperar la declaratoria de procedencia en materia penal, la suspensión o separación del encargo del servidor implicaría la pérdida de la mayoría o un cambio sustancial en la composición política de las cámaras, tratándose del poder legislativo. Pero en los demás casos —y más aún tratándose de órgano unipersonal o de órgano autónomo—, es difícil imaginar cuáles serían los criterios objetivables lo suficientemente plausibles, para decidir la presunción de que en la acusación subyace una intención hostil de desprestigio o desequilibrio político, sino fuere con el sustento de una mera presunción indirecta de acuerdo con el análisis que concluya en la insuficiencia de méritos jurídicos de la causa con la cual se pretenda ejercitar la acción penal ante los tribunales. Quizá para esto último y para garantizar la imparcialidad jurídica y el apego a Derecho de la decisión de la Cámara de Diputados —o al menos restarle su naturaleza eminentemente política y más aún cuando su decisión es y sería inatacable—, la solución fuese que antes del voto de ella y en vez de los dictámenes de la comisión instructora, se condicione la emisión previa de dictámenes de paneles de tres o cinco miembros cuyos integrantes se insaculasen dentro de una lista de académicos y juristas distinguidos que periódicamente integrase la Suprema Corte de Justicia de la Nación con base en las propuestas de las principales escuelas de Derecho del país. Ciertamente el o los insaculados quedarían impedidos y debería hacerse nueva insaculación para suplirlos, respecto a aquellos que resultaren con ciertos obstáculos que previere la ley; y, además, tendrían el deber de excusarse de concurrir en ellos alguna causa que afectara su imparcialidad en la emisión del dictamen.

**TERCERA PARTE**

**LOS LÍMITES A LA  
CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL DELITO**